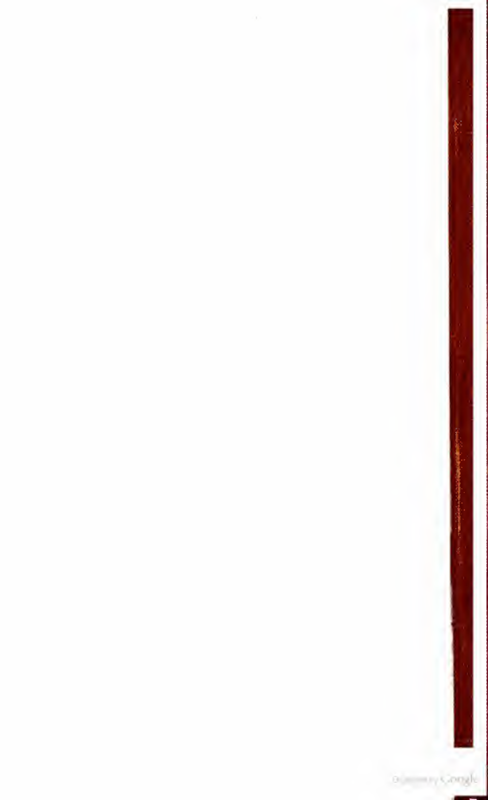


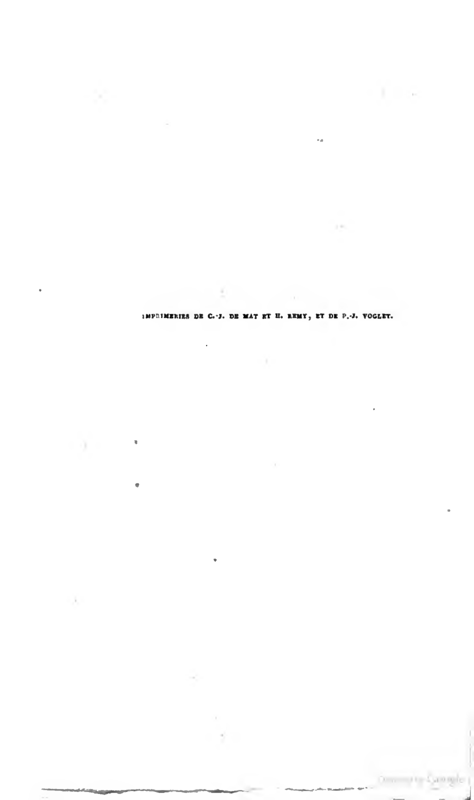


RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

MOU.-CCL.


IMPRIMERIES DE C.-J. DE MAT ET H. REMY, ET DE P.-J. VOGLET.

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE,

CINQUIÈME ÉDITION,

RÉDUITE AUX OBJETS DONT LA CONNAISSANCE PEUT ENCORE ÊTRE UTILE,
AUGMENTÉE 1°. DE NOTES INDICATIVES DES CHANGEMENS APPORTÉS AUX LOIS ANCIENNES PAR LES LOIS NOUVELLES, 2°. DE DISSERTATIONS, DE PLAIDOYERS ET DE RÉQUISITOIRES SUR LES UNES ET LES AUTRES, 3°. DES CHANGEMENS QUE LES LOIS FRANÇAISES ONT SUBIS, DANS LE ROYAUME DES PAYS-BAS, DEPUIS L'ANNÉE 1814;
CORRIGÉE ET FONDUE AVEC LES ADDITIONS FORMANT LES TOMES 15, 16 ET 17 DE LA 4e. ÉDITION;

PAR M. MERLIN,

Ancien Procureur-Général à la Cour de Cassation.

TOME VINGT-ET-UNIÈME.







H. TARLIER, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
RUE DE LA MONTAGNE, N° 306.

1827.



RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

MOULIN.

* MOULIN. Comme il n'y a personne qui n'ait vu des Moulins, nous croyons pouvoir nous dispenser d'en donner la définition.

Ces grandes machines, destinées à donner au premier des alimens, la première préparation, méritaient, à tous égards, de fixer l'attention des législateurs.

Aussi avons-nous des lois sur tout ce qui peut concerner les Moulins, sur leur emplacement, leur forme, leur police intérieure, les obligations de ceux qui les possèdent, les charges de ceux qui en usent.

Ces lois sont éparses dans les recueils d'ordonnances, dans les différentes coutumes, dans les ouvrages des arrêtistes : nous nous proposons de les réunir, et d'en présenter l'analyse.

Nous nous livrerons à ces détails avec d'autant plus de soin, que cet article est particulièrement destiné à cette classe d'hommes vraiment utiles, qui, loin des secousses et du tumulte des grandes villes et des grands tribunaux, se consacrent à l'étude des lois dans le silence des campagnes.

Comme ils voient naître sous leurs yeux toutes les contestations auxquelles les Moulins peuvent donner lieu, c'est à eux surtout qu'il appartient de les étouffer dans leur naissance, ou d'en diriger l'instruction, si malheureusement elles sont portées dans les tribunaux. Il faut donc qu'ils connaissent parfaitement cette partie de la législation.

Il y a, comme personne ne l'ignore, des Moulins de plusieurs sortes, à eau, à vent, à foulon, etc. Tous les Moulins se partagent en deux classes générales, les Moulins banaux et les Moulins non banaux.

Voici l'ordre dans lequel nous présenterons ce que nous avons à dire sur cette matière :

1°. De l'invention des Moulins;

2°. Des Moulins banaux;

3°. La banalité des Moulins est-elle une servitude? Est-elle réelle ou personnelle?

4°. [Un particulier est-il recevable à contester, ou à prétendre qu'il a prescrit une banalité à laquelle la généralité des habitans est soumise?]

5°. Le propriétaire du Moulin à vent peut-il obliger les voisins d'abattre les arbres qui interceptent la circulation de l'air?

[6°. Réglement du conseil d'Artois, sur la distance dans laquelle les Moulins doivent être des chemins publics.

7°. Est-il permis à tout propriétaire de bâtir un Moulin sur son fonds?

Dispositions singulières de quelques coutumes.

Lois particulières aux provinces belgiques.]

[[Abrogation de ces coutumes et de ces lois. Nouvelle législation sur cette matière.

Conséquences de cette nouvelle législation par rapport aux redevances qui ont pour cause des permissions de bâtir des Moulins, accordées par les ci-devant seigneurs ou par le domaine.

8°. Est-ce au pouvoir judiciaire ou à l'autorité administrative, qu'appartient la con-

naissance d'une demande qui tend à obliger le propriétaire d'un Moulin à eau de le demolir, et qui est fondée sur un titre par lequel la démolition de ce Moulin avait été convenue, avec défense de le rétablir ? L'abolition du régime féodal a-t-elle laissé dans toute sa vigueur, ou a-t-elle rendu comme non avenue, la clause d'une transaction antérieurement passée entre deux seigneurs hauts-justiciers, par laquelle l'un des deux s'était obligé de démolir un Moulin qu'il avait élevé sur une rivière dont les deux rives étaient sous sa haute-justice, et s'était interdit la faculté de le rétablir ?]]

9°. De la police intérieure des Moulins.

10°. De la réparation des Moulins communs à plusieurs propriétaires.

11°. Le propriétaire du Moulin inférieur peut-il arbitrairement exhausser ses empêlemens et écluses ?

[12°. Est-il permis de saigner le biez ou l'écluse d'un Moulin, et en général de détourner les eaux qui le font mouvoir?]

[[13°. A qui, du pouvoir judiciaire, ou de l'autorité administrative, appartient la connaissance des contestations relatives à ces deux derniers objets ?

Laquelle de ces deux autorités serait compétente, s'il s'agissait de l'usurpation prétendue faite par le propriétaire d'un Moulin, du biez d'un Moulin appartenant à son voisin ?]]

§. I. *De l'invention des Moulins.*

L'inventeur des Moulins à eau et à vent a éprouvé le sort de la plupart des bienfaiteurs de l'humanité : il est inconnu ; on ignore même l'époque précise de cette invention. Polidore Virgile, qui a recherché avec beaucoup de soin les inventeurs des différens arts, n'a rien pu découvrir à cet égard.

L'opinion commune est que l'usage des Moulins à eau était inconnu à l'ancienne Rome; on ne trouve effectivement dans les lois du Digeste aucune décision sur cette matière. *De Moletrinarum jure*, dit d'Argentrée, *nihil est veteri jurisprudentiâ cautum.*

Les anciens Romains écrasaient leur blé avec des meules, qu'ils faisaient tourner par des chevaux ou des esclaves : *manuarias quæ manibus versabantur ;* il en est parlé dans le Digeste.

Comment ne pas rappeler ici que Plaute, après avoir long-temps instruit et amusé le peuple romain, était réduit sur la fin de ses jours à tourner la meule pour gagner sa vie.

Cependant, si on en croit quelques savans, les Moulins à eau étaient connus, même des Grecs. Saumaise, dans ses commentaires sur l'histoire d'Auguste, prétend le prouver par une épigramme grecque d'Antipater.

Quoi qu'il en soit, il paraît que les Moulins à eau furent en usage sous les empereurs romains : une loi du Code Théodosien défend aux particuliers de détourner le cours des eaux qui servent aux Moulins publics, et même d'en solliciter la permission de l'empereur.

Alors, chacun avait la faculté de bâtir des Moulins pour son usage particulier: il ne vint pas même dans l'esprit des empereurs d'en faire un droit fiscal.

Cette liberté subsista jusqu'à l'établissement des fiefs ; il était réservé aux seigneurs de fiefs de s'emparer des élémens, et d'en vendre l'usage aux autres hommes. *Feudorum usu nondùm reperto sibi quisque privatum et familiæ maluit.* Ce sont les termes de d'Argentrée, sur l'ancienne coutume de Bretagne, préface du titre *De Mulendinis.* « Il est certain qu'avant l'établissement des fiefs, chacun avait la liberté de construire des Moulins pour son usage particulier ». Ce sont ceux de Basnage, sur l'art. 210 de la coutume de Normandie.

Nous ne chercherons donc pas les règles de cette matière dans les lois romaines, encore moins dans la nature des choses : nous les trouverons, ces règles, dans l'abus du pouvoir, et quelquefois aussi dans les lois de convention.

La manière dont les seigneurs parvinrent à s'emparer du droit d'établir des Moulins, est facile à concevoir : on mit en principe que chaque territoire appartenait à son seigneur ; que les habitans ne pouvaient y prétendre que ce qu'ils possédaient en vertu de titres particuliers, ou que ce qu'ils exploitaient depuis un temps suffisant pour prescrire. Mais les eaux ne sont pas dans le commerce ; conséquemment point de titre d'acquisition : elles ne sont pas susceptibles de la même exploitation que les terres et les prés ; conséquemment point de prescription. Les habitans ne pouvaient donc avoir sur les eaux, ni titre ni possession ; elles appartenaient donc au seigneur.

De cette conséquence dérivait naturellement celle que les seigneurs sont seuls en droit de faire construire des Moulins sur les rivières de leur seigneurie. En effet, le propriétaire d'une chose peut seul en user.

Cependant, il fallait des Moulins. Les seigneurs en firent construire ; et, pour s'indemniser des dépenses de la construction et des

frais d'entretien, ils imposèrent à ceux qui viendraient y moudre, l'obligation de payer tel ou tel droit. C'est ce qu'on nomme *droit de mouture*.

La plupart des seigneurs allèrent beaucoup plus loin. Non contens du droit de mouture, droit très-juste lorsqu'il est modéré, ils voulurent se procurer un produit certain; et, après avoir enlevé à leurs vassaux la faculté de bâtir des Moulins, ils leur ôtèrent la liberté de porter leurs grains où ils jugeraient à propos; ils les contraignirent de moudre aux Moulins de la seigneurie. De là les banalités de Moulins, au moins pour une partie.

§. II. *Des Moulins banaux.*

On appelle Moulins banaux ceux auxquels les sujets de la seigneurie, ou autres, sont obligés de porter ou d'envoyer moudre leurs grains sous certaines peines.

Les banalités se sont formées de différentes manières.

Dans certaines provinces, par le moyen que nous venons d'indiquer. Les seigneurs ont dit : « La rivière, les Moulins, le territoire, ceux qui l'habitent, tout est à moi. En outre, j'ai seul la police, j'ai seul le droit de faire des réglemens; en un mot, je suis le plus fort: en conséquence, je défends à mes sujets, sous telles ou telles peines, de moudre leurs grains hors de ma seigneurie ».

Dans d'autres provinces, les seigneurs, plus modérés, ont composé avec leurs vassaux. Ils leur ont dit: « La construction et l'entretien d'une usine aussi dispendieuse entraînent des dépenses au-dessus de vos facultés. Je les ferai, ces dépenses; je m'oblige d'entretenir les Moulins de la seigneurie en bon état : mais en indemnité, j'exige que vous vous soumettiez à y moudre vos grains ». Cette proposition acceptée, le contrat a été formé et la banalité établie.

Voilà les deux principales sources des banalités de Moulins. De là, deux espèces de banalités : l'une conventionnelle, l'autre légale.

Dans les pays où les seigneurs se sont arrogé le droit de contraindre leurs sujets pour la mouture de leurs grains, on s'est accoutumé à regarder le droit de banalité comme une prérogative féodale, comme un droit ordinaire des fiefs. Le temps ayant donné de la consistance à cette prétention, les réformateurs des coutumes l'ont adoptée, l'ont érigée en loi publique; et, dans ces provinces, quiconque a fief, est en droit de forcer ses vassaux et censitaires de venir moudre à son moulin. La qualité de *seigneur* est un titre suffisant, il n'en faut pas douter. Dans cette partie de la France, qui a fief, a banalité; comme ailleurs, qui a fief, a droit de chasse. Voilà ce que nous appelons *banalités légales*, quoique l'origine en soit fort illégale.

Nous entendons par *banalités conventionnelles*, celles qui se sont formées, ou du moins qui sont supposées avoir été établies, par des conventions entre le seigneur et les sujets. Cette dernière classe est la plus nombreuse.

Ces deux espèces de banalités ont beaucoup de choses qui leur sont communes; mais elles diffèrent sur plusieurs points.

[[Les banalités légales et les banalités conventionnelles seigneuriales sont abolies. *V.* l'article *Banalité*, et le même mot dans mon *Recueil de questions de Droit*.]]

§. III. *La banalité de Moulin est-elle une servitude? Est-elle réelle ou personnelle?*

I. Brodeau, sur Louet, lettre M, §. 17, répond affirmativement que le *droit de banalité est une servitude contre la liberté naturelle et publique*.

Bacquet pense de même (*Droits de justice*, chap. 29); voici ses termes : « Combien que, par la disposition du droit commun, non-seulement les personnes, mais aussi tous les héritages soient réputés francs, libres et exempts de toute subjection et servitude, toutefois plusieurs seigneurs, tant justiciers que féodaux, par le moyen de leur autorité et puissance, ont contraint leurs justiciables, sujets et vassaux, demeurans au dedans de leurs justices, fiefs et seigneuries, à se soumettre, assujetir et asservir à plusieurs charges, corvées, sujétions et servitudes, même à venir moudre tous leurs grains au Moulin de leur seigneur, cuire toutes leurs pâtes au four de leurdite seigneurie, et pressurer tout leur vin en leurs pressoirs; et lesdits seigneurs ont appelé tels Moulins, fours et pressoirs banaux ou baniers; et, par le moyen de longue jouissance, ont prétendu droit de banalité sur tous ceux qui étaient demeurans dans leurs seigneuries ».

Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, au mot *Banalité*, regarde les banalités d'un œil également défavorable : ce sont (dit-il) *des servitudes contraires à la liberté publique*.

On retrouve cette manière d'envisager la banalité des Moulins dans la plupart des auteurs. Elle peut être bonne, du moins on peut la justifier, pour les banalités légales, c'est-à-dire, dans les coutumes qui en font un droit ordinaire des fiefs. Mais dans celles où il n'y

a point de banalité sans un contrat synallagmatique, ou des actes qui en supposent l'existence, qu'est-ce qu'une pareille charge peut avoir d'odieux? En quoi cette convention est-elle contraire à la liberté naturelle? « Obligez-vous aux réparations de tel Moulin, nous » nous soumettons à ne pas moudre ailleurs ». Une convention de cette espèce n'est évidemment que le contrat *facio ut facias*.

Aussi Dumoulin (*de dividuo et individuo*, part. 3, no. 269) s'élève contre ceux qui, avant lui, donnaient à toutes les banalités indistinctement la qualification de servitude: *Non est servitus prædialis, sed obligatio personalis....., quamvis doctores vocent servitutem, imò abusivè loquuntur.*

C'est, en effet, moins une servitude qu'une obligation personnelle résultant du contrat synallagmatique, que nous venons d'appeler *facio ut facias*

Les auteurs qui ont écrit depuis Dumoulin, si l'on en excepte Legrand, sur la coutume de Troyes, ne paraissent pas avoir fait attention à sa judicieuse observation: ils ont continué de traiter toutes les espèces de banalités comme des servitudes odieuses. *C'est une vieille erreur qu'il ne sera pas facile de déraciner*, dit le président Bouhier dans ses Observations sur la coutume de Bourgogne.

II. En supposant que les banalités soient réellement des servitudes, reste la question de savoir si cette servitude est réelle ou personnelle. Il y a, sur ce point, diversité d'opinions.

Quelques auteurs prétendent que les banalités sont des servitudes réelles; et leur opinion a été suivie dans quelques tribunaux, qui, sur ce principe, ont jugé que les forains y étaient assujétis. Mais ce sentiment est évidemment contraire à la définition de la servitude réelle *quæ debetur à re rei*; car il est constant que la banalité assujétit tous les sujets baniers, soit qu'ils aient des fonds ou qu'ils n'en aient pas.

Aussi l'opinion presque générale, du moins relativement à la banalité des Moulins, est-elle que c'est une servitude personnelle; en quoi il faut convenir qu'il y a plus d'apparence de raison, supposé qu'il faille regarder la banalité comme une servitude. En effet, suivant la définition des jurisconsultes, la servitude personnelle est celle *quæ debetur personnæ à personâ*. Or, la banalité assujétit tous les sujets de la seigneurie envers le seigneur.

[[III. Tout cela est aujourd'hui sans objet pour les banalités seigneuriales, qui sont abolies. Mais comme les banalités purement conventionnelles subsistent encore, il est utile, pour en bien fixer la nature, de se reporter à ce que les auteurs ont écrit sur les premières.]]

[§. IV. *Un particulier est-il recevable à contester ou à prétendre qu'il a prescrit une banalité à laquelle la généralité des habitans est soumise?*

Il y a des autorités sans nombre pour la négative. Chopin, sur la coutume d'Anjou, liv. 1, art. 27; Boucheul, sur la coutume de Poitou, art. 34, no. 33; et après eux Souchet, sur la coutume d'Angoumois, art. 29, no. 32, mettent en principe qu'un particulier ne peut pas s'affranchir, par la prescription, d'un droit de banalité auquel la communauté est soumise.

C'est aussi la doctrine de Despeisses, *des droits seigneuriaux*, tit. 6, sect. 3, no. 5. Cet auteur, après avoir cité Bacquet, *des droits de justice*, chap. 29, no. 6, ajoute: « Ainsi, une dame prétendant droit de pres» soir banal, et l'un de ses sujets lui dispu» tant ce droit, par arrêt du parlement de » Paris, du 21 juillet 1584, il fut ordonné » que tous les habitans du lieu feraient un » syndic pour déclarer s'ils entendaient ac» corder ou empêcher ledit droit ».

Le président Bouhier, chap. 71, no. 202, confirme cette opinion, et par son propre suffrage, et par un arrêt du parlement de Dijon. « Si l'un des sujets (dit-il) est assigné » par le seigneur banier pour avoir contre» venu à la banalité, et qu'on nie qu'il en ait » le droit, l'ordre est qu'on doit mettre la » communauté en cause; un particulier n'é» tant pas capable de contester ce droit de gé» néralité........, comme cela fut jugé au profit » du seigneur de Grolie, contre un particu» lier du même lieu, par un arrêt rendu au » rapport de M. Lantin, le 4 juillet 1678 ».

Dunod, *Traité des Prescriptions*, part. 3, chap. 11, établit les mêmes principes, et n'en excepte, relativement à la prescription, que le cas de la possession immémoriale: « Un » particulier (ce sont ces termes) n'est pas » partie capable pour contester le droit de » banalité; et quand il le fait, il est de règle, » avant faire droit, de mettre les autres sujets » en cause. S'il prétend avoir prescrit l'exemp» tion de ce droit, plusieurs estiment qu'il le » peut par trente ans; et je crois qu'il faut » distinguer s'il a eu un four ou pressoir chez » lui, ou s'il n'en a point eu qu'en ce dernier » cas, il ne prescrit point, parcequ'il n'interrompt pas suffisamment la possession du seig-

» neur qui a facilement ignoré le fait du par» ticulier, et qui a conservé, même à son » égard, la possession par la jouissance qu'il » a eue avec les autres sujets. Mais s'il a eu un » four ou un pressoir chez lui, où il ait cuit » et pressé pendant trente ans, on peut soute» tenir qu'il a acquis l'exemption ».

Dunod ajoute que cette dernière assertion a été confirmee par un arrêt du parlement de Franche-Comté, du 9 juillet 1665; mais il observe ensuite qu'elle ne paraît pas soutenable, en ce que ni le seigneur, ni le public ne peuvent être présumés avoir eu connaissance d'un four qui était caché dans l'intérieur d'une maison; et il finit par dire que la possession immémoriale peut seule, en pareil cas, autoriser un particulier à se prévaloir de la prescription; ce qu'il justifie par deux arrêts de la même cour, l'un qu'il ne date pas, l'autre du 17 mars 1712.

Ce que dit, sur la même matière, l'auteur de la *Collection de Jurisprudence*, au mot *Banalité*, mérite d'être remarqué, parcequ'il parle d'apres un arrêt récent du parlement de Paris:

« Un seul particulier n'est pas recevable à contester au seigneur le droit de banalité; de même aussi ce droit ne peut être prescrit par un seul habitant, quand il y a possession publique reconnue contre le corps entier des vassaux, parceque la banalite est une servitude universelle qui affecte la communauté en général.

» C'est sur ce fondement que, par un arrêt rendu au rapport de M. Pasquier, le 2 mars 1758, en faveur de M. le dnc de la Tremouille, contre la veuve Beudin, la cour a jugé que, dans la coutume du Maine, où est situé le Moulin banal de Montjean, près Laval, la veuve Beudin ne pouvait pas argumenter de sa possession particulière d'aller moudre son grain ailleurs qu'au Moulin banal de Montjean, pour se faire déclarer libre et affranchie de la banalité; et qu'au contraire, il fallait que tous les sujets de la banalité eussent acquis la prescription en même temps, et, en conséquence, a condamné la veuve Beudin à mener moudre ses grains au Moulin de Montjean ».

La même chose a été jugée au conseil souverain de Colmar, par un arrêt du 26 janvier 1750, rapporté dans le *Recueil des Ordonnances d'Alsace*, tome 2, page 355. Il s'agissait de savoir si le curé de Danjoutain était soumis à la banalité du chapitre de Belfort. « En vain (dit M. le premier président de » Boug) le curé de Danjoutain voulait-il se » faire un moyen d'exemption de la posses» sion qu'il alleguait et qu'il offrait de prou» ver, tant par lui que par ses prédécesseurs, » même de temps immemorial, parcequ'ayant » été jugé formellement par arrêt sur instan» ce, du 23 septembre 1745, rendu avec les » habitans des sept communautés de l'Assise, » qu'ils étaient sujets à la banalité en ques» tion, le curé Danjoutain ne pouvait en par» ticulier revenir aujourd'hui contre cet ar» rêt ».

Voilà le cri général des auteurs. Cependant gardons-nous bien de prendre à la lettre leur doctrine, et de confondre avec eux deux choses que les arrêts paraissent avoir toujours distinguées.

Qu'un particulier qui n'a en sa faveur aucune possession personnelle de liberté, ne puisse pas combattre seul un droit de banalité auquel la généralité des habitans se soumet, cela se conçoit. Ce n'est pas sa liberté seule qu'il réclame dans ce cas; c'est celle de tous les habitans. Sans doute, dans l'exactitude des principes, il aurait qualité, puisqu'il a intérêt. Mais on comprend facilement pourquoi la jurisprudence a voulu qu'alors il ne fût pas ecouté. Juger autrement, ce serait inviter chacun des vassaux en particulier à faire un procès au seigneur; et dans cette hypothèse, où serait le moyen de mettre la paix entre le seigneur et la communauté? Il a donc bien fallu faire céder l'intérêt particulier à l'intérêt général, et obliger les membres à suivre la loi adoptée par le corps.

Mais s'agit-il de prescription? La chose est différente. Un vassal, en ce cas, ne se retranche que sur sa possession, et c'est un fait qui lui est personnel. Il ne trouble donc pas le droit du seigneur à l'égard des autres habitans; de ce qu'il sera déclaré libre, ceux ci ne pourront pas conclure qu'ils ont pareillement cessé d'être baniers. Enfin, le seigneur doit s'imputer de n'avoir pas veillé a la conservation de son droit, et c'est un reproche qu'on ne peut pas lui faire dans l'hypothèse précédente.

Aussi trouvons-nous, en examinant les arrêts qui ont jugé que des particuliers n'avaient pas prescrit la banalité, que tous ou presque tous sont intervenus dans des espèces où la possession opposée au seigneur était clandestine.

Et nous remarquons que, toutes les fois qu'il est apparu d'une possession publique de la part d'un seul individu, la prescription a été admise.

Telle est l'espèce des deux arrêts rendus au parlement de Besançon, dans le cas de la possession immémoriale. Le parlement de Besan-

çon n'a exigé une possession aussi longue que parcequ'il est difficile, surtout à un seigneur, de connaître les fours qui existent dans des maisons particulières.

Et la preuve qu'une possession de trente ou de quarante ans suffirait sans cette circonstance, résulte d'un arrêt que j'ai vu rendre au parlement de Paris, le 2 juillet 1777. En voici l'espece telle que je l ai rédigée alors. et qui, pour ne pas s'accorder tout-à-fait avec le précis qu'en donne l'auteur de la *Gazette des tribunaux*, tome 4, pages 20 et 21, n'en est pas moins exacte.

M. l'évêque de Soissons, en sa qualité de seigneur de Sermont, a, sur la généralité des habitans de sa terre, un droit de banalité de pressoir. Le curé de Sermont et un autre particulier ont prétendu avoir acquis, par prescription, l'exemption de ce droit. Ils étaient, en effet, dans une possession un peu plus que quadragénaire d'avoir dans leurs maisons des fours dont ils faisaient un usage journalier et notoire; et ce qui prouvait que M. l'évêque de Soissons ne l'avait pas ignoré, c'est que ce prelat avait donné aux deux particuliers des quittances de lods et ventes au bas des contrats qui contenaient l'énonciation précise et formelle de ces fours.

Par sentence du bailliage de Soissons, il fut ordonné, avant faire droit, que M. l'évêque avouerait ou dénierait le fait de possession allégué par les deux particuliers.

M. l'évêque de Soissons a appelé de cette sentence. La cause portée à l'audience de la grand'chambre, le mercredi, 2 juillet 1777, M. l'avocat général Séguier a dit que l'unique moyen d'appel était tiré du principe que les droits universels ne peuvent se prescrire que par l'universalité des habitans sujets au droit. Mais ce moyen (a ajouté M. l'avocat général) ne paraît pas fondé. La banalité est un droit qui est dû par la communauté, *non ut ab omnibus, sed ut à singulis*. Dès-lors, pourquoi un particulier ne pourrait-il pas en prescrire la liberation, en ce qui le concerne?

Sur ces motifs, arrêt qui confirme la sentence, et condamne M. l'évêque de Soissons à l'amende et aux dépens de la cause d'appel.

Un anonyme a fait, sur cet arrêt, des observations qui méritent d'être ici placées. Nous les tirons de la *Gazette des tribunaux*, pages 152 et 153 du tome cité:

« L'arrêt du 2 juillet n'a pas introduit une jurisprudence nouvelle, il est conforme à deux arrêts de 1549 et 1598, rapportés par Guyot en son *Traité des Fiefs*, chap. 7, *des Banalités*. Ces arrêts ont jugé qu'un particulier ayant pressoir dans sa maison, pouvait, après s'en être servi pendant trente ans, au vu et au su du seigneur, opposer qu'il avait personnellement prescrit contre le droit de banalité.

» En alléguant cette prescription, on ne conteste pas le droit en lui-même, que le seigneur peut exercer sur les autres habitans; mais on dit seulement qu'on en a acquis l'affranchissement par le non-usage du seigneur.

» Dans l'espèce de l'arrêt du 2 juillet, les deux particuliers qui se refusaient à la banalité n'avaient point fourni de déclarations au papier-terrier de la seigneurie; mais ils disaient simplement que, dans les contrats d'acquisition d'eux ou de leurs auteurs, leurs pressoirs étaient énoncés, sans que le seigneur eût contredit ces énonciations, ou fait des réserves. en recevant les lods et ventes, dont il avait donné quittance en marge de ces contrats.

» Enfin, par l'arrêt du 2 juillet, il a encore été jugé que le curé de Sermont, l'un des deux particuliers qui voulaient se soustraire à la banalité, pouvait joindre sa possession à celle de son vendeur, pour completer le temps de la prescription, qui est de quarante ans contre un seigneur ecclésiastique ».]

[[Si l'on jugeait ainsi, sous l'ancien régime, par rapport aux banalités seigneuriales, à plus forte raison doit-on aujourd'hui juger de même pour les banalités purement conventionnelles.]]

§. V. *Si un particulier avait des terres voisines d'un Moulin à vent, dans lesquelles il y eût de grands arbres qui empêchassent le vent, le seigneur ne pourrait-il pas forcer ce particulier à couper ou ébrancher ses arbres?*

Gérard, dans son *Traité des Droits seigneuriaux*, liv. 2, chap. 7, n°. 16, rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du 27 août 1604, qui a jugé pour la négative, au profit de deux particuliers contre le sieur Lagrave, qui prétendait que ces particuliers devaient couper des noyers qui interceptaient la circulation de l'air. Ils furent renvoyés de la demande avec dépens. La raison de décider est qu'il est permis à un chacun de faire sur son fonds, ce que bon lui semble. Les héritages de la campagne, dans certaines provinces, sont tellement asservis, qu'on doit veiller à leur conserver le peu de liberté qui leur reste, et à ne les point assujétir à d'autres servitudes que celles qui sont stipulées par les titres.

[La coutume de Bergues-Saint-Winock, rub. 15, art. 21, contient, sur cet objet, une

disposition singulière; « Quiconque a quelques » bois montans plantés à cent verges près d'un » Moulin au grain, il est tenu de l'ôter en de» dans six semaines après qu'il en a été judi» ciairement requis, ou à défaut de le faire, » et n'y ayant point d'opposition faite, le mal» tre du Moulin peut arracher le même bois » pour l'estimation qu'en feront des gens à ce » connaissans, sa partie sur cela premiere» ment insinuée, et en faire son profit; et » celui qui en a fait refus, encourt l'amende » de 3 livres parisis, si ce n'était que le même » bois n'eût été là avant l'érection du Mou» lin ».

L'art. 97 de la coutume du franc de Bruges a été rédigé dans le même esprit: « Il n'est » pas permis à personne de planter aucuns » arbres montans, et les maintenir, ni de » faire aucune maison à quarante verges pres » d'aucun Moulin à vent, à peine de l'amende » de 3 livres parisis de chacune maison et de » chacun arbre; la moitié au seigneur, et l'an» tre moitié à celui à qui les Moulins appar» tiennent; et néanmoins lesdites maisons et » lesdits arbres seront ôtés par ordonnance de » la loi ».

Ces dispositions paraissent fondées sur la loi 14, C. *de servitutibus*. On sait que, pour faire usage des grains, il faut les vanner. Un particulier élevait un édifice qui otait à la grange de son voisin, le vent nécessaire pour cette opération. L'empereur Justinien, consulté sur ce cas, défendit à qui que ce fût de construire aucun édifice, de maniere à empêcher son voisin, en le privant de l'usage de l'air, de vanner librement ses grains: *Sancimus itaque nemini licere sic ædificare vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad præfatum opus infringat, et inutilem domino aream et fructuum inutilitatem faciat.*

« Il n'est pas à craindre » (disait M. Denis, avocat au parlement de Flandre, dans un mémoire pour le sieur de Marconne), « il » n'est pas à craindre que l'injustice de ces dé» cisions serve de base à aucune jurispruden» ce. En effet, la construction d'un Moulin » est-elle un titre suffisant pour asservir tous » les héritages voisins dans une plus grande » ou moindre étendue, sans le consentement » et la participation des propriétaires? Leur » sera-t-il interdit d'édifier ou de planter leurs » fonds, parcequ'à une certaine distance, un » autre propriétaire, usant de la liberté natu» relle que tous ont de faire ce qu'il leur plaît » sur leurs biens, aura fait construire un » Moulin à vent? Tous les propriétaires seront» ils donc enchaînés dans les liens d'une ser» vitude nécessaire, et ne pourront-ils désor» mais user librement de leur propriété, parce» qu'un autre aura fait usage de la sienne? » Cette propriété sera-t-elle restreinte à la cul» ture, par la construction d'un Moulin à » vent »?

On dira peut-être que les lois citées sont fondées sur cette régle, qu'il n'est pas permis de préjudicier à autrui par son fait; que par conséquent on ne peut, soit en bâtissant, soit en plantant des arbres, nuire au bâtiment de son voisin, et que, pour cela, on est obligé de reculer à une certaine distance les bâtimens ou les plants qu'on fait.

Mais ce serait abuser de cette régle: car, entre deux inconvéniens, la justice veut que l'on s'en tienne au moindre.

Si l'on bâtit ou si l'on plante à une certaine distance d'un Moulin, c'est nuire au propriétaire de ce Moulin, puisque c'est en gêner l'usage. Voilà le premier inconvénient.

Le second est que le propriétaire du Moulin, par son fait seul, prive tous les propriétaires voisins du droit et de la liberté d'user de leur propriété, comme bon leur semble. Celui-ci est certainement plus dangereux que l'autre.

« Quoiqu'on ne doive pas faire d'ouvrage » (dit Domat) dont le bâtiment voisin soit » endommagé, chacun a la liberté de faire dans » son fonds tout ce qu'il lui plaît, quand même » il en résulterait quelque incommodité; ainsi, » celui qui n'est point sujet à la servitude » *altiùs non tollendi*, peut élever sa maison » aussi haut qu'il le veut, quoique, par là, il » prive celle de son voisin du jour; car cette » espèce d'ouvrage n'altère rien du bâtiment » de l'autre maison; et le maître de celle-ci » ne peut s'en plaindre, parcequ'il a dû pla» cer ses jours hors du péril de cette incom» modité qu'il pouvait prévoir, et qu'il n'avait » pas droit d'empêcher ».

Il en est de même de celui qui construit un Moulin: il ne peut pas empêcher les propriétaires voisins d'user librement de leurs fonds; il a dû prévoir qu'ils pouvaient bâtir ou planter; et s'il lui fallait une distance plus considérable entre ces bâtimens et ces arbres pour l'usage de son Moulin, il a dû ménager cet intervalle sur son propre fonds, en ne le construisant qu'à une distance suffisante des fonds voisins: s'il ne l'a pas fait, cette omission ne peut pas l'autoriser à asservir tous les autres fonds pour lui procurer l'intervalle dont il a besoin.

Quoi qu'il en soit, la disposition de la coutume de Bergues-Saint-Winock paraît avoir son origine dans la nécessité d'encourager l'érection des Moulins, à une époque où la popu-

lation augmentait considérablement, et dans un pays alors couvert de bois, où le local se refusait à l'établissement des Moulins à eau. Mais comme, depuis la rédaction de la coutume, le nombre des Moulins s'est tellement multiplié, qu'il est presque devenu supérieur aux besoins des habitans, le législateur n'a pas cru devoir laisser subsister plus longtemps, dans toute son étendue, un privilége dont le motif avait cessé: c'est pourquoi il a donné, le 13 août 1776, des lettres-patentes, dont voici le dispositif:

« Art. 1. Permettons, à compter du jour de l'enregistrement des présentes, aux propriétaires des héritages voisins des lieux où l'on établira dans la suite des nouveaux Moulins au grain, de planter dans toute l'étendue de leursdits héritages, tels bois montans qu'ils jugeront à propos; interprétant, à cet effet, et dérogeant, en tant que de besoin, à tous usages et coutumes contraires, et notamment à l'art. 31 de la rub. 15 de la coutume de Bergues-Saint-Winock, pour l'avenir seulement.

» 2. N'entendons rien innover au droit des propriétaires des Moulins établis avant l'enregistrement des présentes; voulons qu'à cet égard, ledit art. 31 soit exécuté suivant sa forme et teneur.

» 3. Autorisons néanmoins en tant que de besoin, les propriétaires des Moulins établis avant l'enregistrement des présentes, et les propriétaires des héritages voisins, à passer entre eux, tant pour eux que pour leurs successeurs, relativement au droit acquis par les dispositions dudit art. 31, aux propriétaires desdits Moulins, tels contrats et conventions qu'ils jugeront convenables ».

Ces lettres-patentes ont été enregistrées au parlement de Flandre, le 8 novembre 1776.

§. VI. *Réglement du conseil d'Artois, sur la distance dans laquelle les Moulins doivent être des grands chemins.*

Le 13 juillet 1774, il a été remontré par le ministère public, « que l'on construisait fréquemment, dans les environs d'Arras, des » Moulins qu'on plaçait à une distance si peu » éloignée, ou plutôt si voisine des chemins » royaux ou autres chemins publics, qu'il en » résultait le plus grand inconvénient; que, » souvent, le mouvement et l'ombre de ces » Moulins, et surtout le bruit de ceux à l'huile, épouvantaient les chevaux et mettaient » les voyageurs dans un danger évident; que » la commodité et la sûreté des chemins paraissaient exiger que la cour apportât un » remède aux obstacles qui pouvaient les gêner, en prescrivant la distance dont les Moulins devaient être éloignés, à l'avenir, des » chemins; que le réglement à intervenir paraissait devoir être étendu même aux Moulins actuellement existans, attendu que tout » ce qui était aussi évidemment contre l'intérêt public, étant défendu de soi-même, les » propriétaires de ces Moulins avaient à se » reprocher de les avoir placés d'une manière » dangereuse pour le même public, qui, d'ailleurs, ne retirerait d'utilité notable de ce » réglement, qu'après un long laps de temps, » s'il fallait attendre la reconstruction des » Moulins subsistans, avant que de les déplacer; que, cependant, les inconvéniens qui » naîtraient dudit déplacement subit des Moulins existans, et la difficulté que les propriétaires pourraient éprouver à se procurer » promptement de nouveaux emplacemens, » semblaient exiger qu'il leur fût accordé un » délai à cet effet; qu'en pourvoyant à un objet » aussi essentiel, la cour ne bornerait sans » doute point son attention à l'utilité des environs de cette ville, et que le même motif » étant général pour tous les autres lieux, elle » y étendrait pareillement ses vues pour le » bien public ».

D'après ces considérations, le ministère public a conclu à ce qu'il « fût ordonné que » tous propriétaires de Moulins seraient tenus » de les placer à la distance de deux cents » pieds, au moins, des chemins royaux, et » cent cinquante pieds des autres chemins publics, à peine de 200 livres d'amende, et » d'être contraints à déplacer lesdits Moulins; » et que, néanmoins, il fût accordé un délai » de deux ans, ou tel autre qu'il plairait à la » cour fixer aux propriétaires des Moulins actuellement existans, à l'effet dudit déplacement; qu'il fût enjoint aux mayeur et échevins » de cette ville d'Arras, de veiller à l'exécution du présent arrêt dans l'étendue de la » banlieue, et à tous autres officiers de justice » d'y tenir la main, chacun à leur égard, dans » leur juridiction; qu'il fût en outre ordonné » que le présent arrêt serait envoyé aux bailliages, sénéchaussées et autres siéges du ressort, pour y être lu, publié, registré et affiché: enjoint aux substituts du procureur-général du roi d'y tenir la main et d'en certifier la cour dans le mois ».

Ces conclusion ont été adoptées par un jugement du même jour.]

[[Ce réglement est-il encore obligatoire pour la ci-devant province d'Artois?

L'affirmative parait établie par les dispositions de la loi du 22 juillet 1791 et du Code

pénal de 1810, qui sont rapportées au mot *Armes*, §. 2.]]

[§. VII. 1°. *Est-il permis à tout propriétaire de bâtir un Moulin sur son fonds?*

2°. *Dispositions singulières de quelques coutumes.*

3°. *Examen des lois qui, dans la Belgique, déclarent les droits d'eau et de vent domaniaux.*

[[4°. *Abrogation de ces coutumes et de ces lois. Nouvelle législation sur cette matière.*

5°. *Conséquence de cette innovation, par rapport aux redevances qui ont pour cause des permissions de bâtir des Moulins, accordées par les ci-devant seigneurs ou par le Domaine.*]]

Nous avons ici, comme on le voit, quatre points à discuter : le droit commun, les dispositions des coutumes qui s'en écartent, la jurisprudence de la Belgique, [[et les lois nouvelles]].

[Art. I. *Règles du droit commun sur la faculté de construire des Moulins sur son propre fonds.*

I. Il faut distinguer le cas ou le lieu dans lequel il s'agit de savoir si un particulier qui peut bâtir un Moulin, est soumis à une banalité, d'avec le cas où ce lieu est parfaitement libre.

Dans le premier cas, personne ne peut construire un Moulin, sans la permission du seigneur de la banalité. Dès qu'un Moulin est banal, il n'est plus permis de rien faire qui tente à priver le propriétaire des profits qui doivent lui en revenir. Or, n'est-ce pas y donner une atteinte manifeste, que de se permettre la construction d'un autre Moulin, quel qu'il soit?

On cite néanmoins un très-ancien arrêt du parlement de Paris, qui a jugé le contraire (1); mais c'est une décision isolée qui, dans des temps plus modernes, n'a pas trouvé un seul partisan, et que le parlement de Paris lui-même a renversé par un arrêt du 2 août 1558, rendu au profit du chapitre de Saint-Marcel de Paris (2).

Elle est d'ailleurs contredite par l'art. 1er. de la coutume de Berry : « Chacun peut, en » son héritage, édifier un Moulin à vent, *pourvu » que ce ne soit dans le territoire et justice » d'aucun seigneur ayant droit de Moulin » banal à blé* ». L'art. 2 dit la même chose pour les Moulins à eau. C'est aussi la disposition de la coutume de Nivernais, chap. 5 : enfin, ce principe est si constant, que, dans une coutume de banalité légale, un particulier qui a bâti un Moulin avant que le seigneur en eût fait construire un, est obligé de le démolir, lorsque celui-ci met son droit en exercice.

Les Moulins à bras ne sont pas exceptés de la règle générale. A la vérité, il paraît fort dur, comme l'observe Heringius, *de Molendinis*, quest. 11, n°. 110, que les particuliers n'aient pas la liberté de se servir de leurs bras pour réduire leurs grains en farine. Cependant on ne peut disconvenir que, dans l'origine, ils ont tacitement renoncé à ce droit, en se soumettant à la banalité. Que deviendrait d'ailleurs le droit du seigneur banier, et quel fruit tirerait-il de la dépense qu'il a faite pour construire un Moulin, en exécution du pacte arrêté entre lui et ses vassaux, si chaque particulier avait un Moulin à bras?

Il y a, au surplus, un grand nombre d'arrêts très précis sur cette question.

Frain, sur la coutume de Bretagne, en rapporte un du parlement de cette province, du 19 juillet 1629, qui défend aux sujets d'avoir des meules particulières dans leurs maisons, pour moudre des grains gros ou menus, à peine de 20 livres d'amende.

Le parlement de Dijon (dit Bouhier, chap. 71, n°. 130) a aussi « jugé disertement, par » arrêt du 29 juillet 1653, pour le seigneur de » Conflans, qu'il n'était pas permis d'avoir » des Moulins à bras, au préjudice des Moulins banaux » ?

L'annotateur de Basnage nous en a conservé un semblable du parlement de Normandie. Voici ses termes : « Un seigneur qui a un » Moulin banal, peut encore empêcher ses » vassaux sujets à la banalité d'avoir des Moulins à bras. Cela a été jugé par arrêt rendu » au rapport de M. de Sacy, le 9 mars 1743, en » faveur du sieur Le Sueur de Villedon, contre le nommé Lavalley. Cet arrêt ordonna » que le Moulin à bras saisi sur ledit Lavalley, » serait cassé et détruit, défenses faites audit » Lavalley d'avoir de pareils Moulins à meules dans l'étendue de la banalité du Moulin » dudit sieur Le Sueur de Villedon, à peine » de confiscation et autres peines au cas appartenantes ».

Mais il n'y a pas d'arrêts plus remarquables sur cette matière que ceux qui sont intervenus au parlement de Bretagne, les 5 mai 1733 et 9 février 1735.

Le premier a été rendu sur la requête du

(1) Il est du mois d'avril 1301. Corbin, *suite du Patronage*, chap. 150.

(2) Brodeau sur Louet, lettre M, §. 17.

sieur Moulin de la Racinière, fermier de la terre d'Artois, près de Rennes. « La cour » (porte-t-il) a déclaré l'arrêt du 14 avril » 1687 commun avec le suppliant : ce faisant, » enjoint et fait commandement à tous vas- » saux et arrière-vassaux de ladite terre et » vicomté d'Artois, sujets aux Moulins d'icelle, » de démolir leurs Moulins à bras, si mieux » ils n'aiment convenir pour leurs moutes de » blés noirs avec le suppliant, *même en la » disette d'eau ;* à peine de dix livres d'a- » mende contre chacun des contrevenans, et » à defaut de le faire dans ledit temps, enjoint » aux juges, procureur fiscal et greffier de » ladite juridiction, de descendre sur les » lieux, pour faire rupture desdits Moulins à » bras des refusans et contrevenans, et à leurs » frais; chacun desquels procès-verbaux ne » pourra excéder 3 livres 4 sous, sauf auxdits » officiers en faire plusieurs par jour ; et attri- » bue auxdits juges toute juridiction sur les ar- » rière-vassaux de ladite vicomté d'Artois, » soit pour la démolition de leurs Moulins à » bras, ou pour le réglement des droits et leurs » moutes de blé noir ou autrement, ainsi qu'il » sera vu appartenir ».

Le second arrêt est intervenu sur l'opposition formée au précédent par quelques particuliers : « La cour (y est-il dit) a rapporté le- » dit arrêt, en ce que, par celui il aurait été » ordonné que l'abonnement y porté aurait lieu » en cas de disette d'eau, le surplus dudit arrêt » sortant son plein et entier effet » (1).

L'exemption de la banalité donne-t-elle à celui à qui elle est accordée, le droit d'avoir un Moulin pour son propre usage?

Non, elle ne lui procure que la liberté d'aller Moudre où il veut.

Il est vrai qu'on tient le contraire par rapport au four. Mais la raison de la différence est évidente. A quoi servirait l'exemption de la banalité du four, si elle n'emportait pas la permission d'avoir un four chez soi ? Il faudrait, pour la mettre en exercice, transporter les pâtes dans un autre territoire, et l'on sent bien qu'un pareil transport n'est guère possible.

Il est encore vrai que, par un arrêt du parlement de Provence, du 10 juin 1745, rendu entre la communauté de Saint-Maximin, le sieur de Carros, et les religieux dominicains, il fut jugé que ceux ci ne pouvaient pas être contraints de démolir leurs Moulins à huile. « Mais (comme l'observe la Touloubre) il » s'agissait d'une banalité établie par la com- » munauté dont la délibération n'avait pu les » lier. Ils avaient d'ailleurs un privilége très- » étendu ».

Ainsi, ni cet arrêt, ni l'exemple du four ne portent atteinte au principe que l'exemption de la banalité du Moulin seigneurial n'autorise pas la construction d'un Moulin particulier dans l'étendue de cette banalité.

II. Mais il y a quelques coutumes dans lesquelles ce principe admet des exceptions.

Telle est d'abord celle d'Angoumois. Souchet, sur l'art. 29 de cette coutume, n°. 50, dit que les personnes nobles n'y sont pas soumises à la règle générale, et qu'elles peuvent avoir des Moulins dans la banlieue de la banalité, pour leur service particulier.

On va plus loin en Normandie. Les seigneurs de fiefs, qui sont exempts de la banalité, peuvent, nonobstant ce droit, bâtir des Moulins pour leur usage et même pour celui de leurs vassaux. La coutume ne leur accorde pourtant pas cette faculté en termes exprès ; mais cela résulte de son esprit.

On sait qu'en Normandie, la faculté d'avoir un Moulin est regardée comme un droit féodal. C'est de là qu'on est parti pour accorder aux seigneurs de fiefs le privilége dont nous parlons.

Ecoutons Basnage, art. 210 :

« On peut douter si un seigneur de fief peut construire un Moulin, lorsque le seigneur dont il relève, a droit de banalité. L'affirmative est sans difficulté. La faculté de bâtir un Moulin est un droit féodal que la coutume attribue aux seigneurs, pourvu que les deux bords de la rivière soient dans leur mouvance; et cette disposition étant générale, elle ne peut recevoir de restriction dans un cas odieux.

» Il est vrai que, si le fief était sujet à la banalité, le seigneur ne pourrait construire un Moulin dans l'étendue d'icelle ; et d'ailleurs ce Moulin lui serait inutile, puisque ses propres vassaux n'y pourraient aller, et le seigneur supérieur aurait le droit d'empêcher les meuniers voisins d'y venir chasser. Mais naturellement, les fiefs sont exempts de cette servitude, et il faudrait un titre exprès et valable pour les y assujétir ».

Bérant cite un arrêt du 26 juin 1534, qui a jugé, d'après ces principes, que le seigneur banier ne peut empêcher un seigneur de fief de bâtir un Moulin à vent dans l'étendue de sa banalité.

Il faut cependant remarquer, et c'est un point jugé par un arrêt du 4 juillet 1612, dont

(1) On sent pourquoi, suivant cet arrêt, l'abonnement pour les Moulins à bras est suspendu pendant le chômage des Moulins des seigneurs : c'est qu'alors l'assujétissement du vassal à la banalité cesse de plein droit.

Basnage rapporte l'espèce, qu'un seigneur qui a cédé son Moulin banal à titre onéreux, n'en peut pas bâtir un autre, parceque ce serait tromper celui avec qui il a contracté.

Il en serait autrement, si la cession avait été faite à titre gratuit. Le cessionnaire du seigneur ne pourrait point, en ce cas, s'opposer à la construction que celui-ci voudrait faire d'un Moulin sur son fief. C'est ce qu'a décidé, en faveur du baron de Neubourg, un ancien arrêt dont le même auteur fait mention.

III. Mais venons au cas où le lieu dans lequel un propriétaire voudrait ériger un Moulin, n'est soumis à aucune banalité.

S'il s'agit d'un Moulin à vent, nul doute que la construction n'en soit absolument libre. C'est, comme on l'a vu plus haut, la disposition expresse de la coutume de Berry, titre *des Moulins*, art. 1. Brodeau sur Louet, lettre M. §. 17, professe la même opinion; et c'est celle de tous les auteurs.

Denisart nous retrace un arrêt du parlement de Paris, qui l'a confirmé très-positivement.

Un particulier avait cru ne pouvoir faire construire un Moulin à vent sur son propre terrain, sans le consentement du seigneur du lieu. En conséquence, il était convenu avec ce seigneur d'une redevance de 60 livres chaque année, et même de lui abandonner le Moulin au bout de soixante ans; mais ayant été reconnu dans la suite que cette obligation était sans cause, le particulier en a été déchargé par arrêt du 9 mai 1759.

IV. A l'égard des moulins à eau, la question souffre plus de difficultés.

Les uns, partant du principe que les rivières appartiennent aux seigneurs, regardent le consentement de ceux-ci comme indispensable à quiconque veut bâtir sur son fonds un Moulin de cette espèce.

Mais ce principe, que les rivières appartiennent au seigneur, est-il aussi vrai, ou du moins aussi général, qu'on l'imagine?

J'ouvre les ordonnances, et j'y vois bien qu'elles attribuent au roi la propriété des fleuves, des rivières navigables et de celles qui s'y déchargent (1); mais je n'y aperçois pas qu'elles touchent aux droits de propriété, que les lois naturelles et romaines confèrent aux maîtres des terres adjacentes, sur les petites rivières qui, par elles mêmes, ne sont ni navigables ni flottables.

Je consulte les coutumes, et si j'en trouve quelques-unes qui déclarent les seigneurs justiciers propriétaires de ces petites rivières (1), je me dis à moi-même: Il n'est pas possible qu'une disposition aussi contraire à la liberté naturelle, forme un droit commun. Son objet était trop intéressant, pour qu'il échappât aux rédacteurs des autres coutumes de la consigner dans leurs cahiers, s'ils l'avaient regardée comme un droit général. Elle doit donc être restreinte au territoire des coutumes qui l'ont établie.

A l'égard des auteurs, j'en trouve un grand nombre d'accord sur le principe que les rivières non navigables appartiennent à ceux dont elles baignent les terres, et qu'il leur est permis d'appliquer à tous leurs besoins l'usage des eaux qu'elles roulent (2).

Le droit romain n'a mis à cette faculté naturelle qu'une restriction dictée par l'équité même: c'est qu'un propriétaire ne peut pas, dans l'exercice qu'il en fait, nuire à l'intérêt d'un tiers: *dùm tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat* (3).

Ainsi, autant de fois qu'en bâtissant un moulin à eau, sur le sol qui lui appartient, un particulier ne gênera point la navigation, ne portera point atteinte à une banalité légitimement établie, ne préjudiciera pas aux autres riverains par le nouvel essor qu'il va donner aux eaux, et n'en changera point le cours par rapport à eux, autant de fois il lui sera permis de faire cette construction, sans attendre le consentement du seigneur justicier. C'est la décision expresse et textuelle de la coutume de Berry, chap. 16, art. 2; et de celle de Sole, tit. 12, art. 1 (4).

Le seigneur justicier ne serait pas même reçu à se plaindre de la diminution des profits que va causer au Moulin qu'il a déjà, celui que son vassal se propose de construire. Chacun, dit Dumoulin sur l'ancienne coutume de Paris, art. 52, gl. 2, n°. 7, chacun est maître de tirer de son bien tout l'avantage, tout le profit

(1) Ordonnances de Charles VI, en 1447, art. 23; de Henri II, en 1554; de Charles IX, en 1572; de Louis XIV, en 1669, tit. 27, art. 41.

(1) Troyes, art. 179; Vitry, art. 121; Nivernais, tit. 16., art. 2 et 3; chartes de Hainaut, chap. 134, art. 12.

(2) Guypape, quest. 171 et 514; Simon, sur l'ordonnance de 1669, tit. 17, art. 44; Bacquet, *des droits de justice*, chap. 30, n°. 25; Boucheul, sur la coutume de Poitou, art. 40, n°. 6; Domat, *du droit public*, liv. 1, tit. 8, sect. 2, n°. 17.

(3) Loi 17, D. *de servitutibus prædiorum rusticorum*; loi 4, D *de damno infecto*.

(4) Voici les termes de cette dernière loi: « Cascun » pot fer, segond la costume, Molin, artigau, cabane » et borde en sa propri terre, sinon fe préjudicu évident » au servitut commun des passadges, repessadges, ou » per engorgaments de Aygue, fasse damnage..... à » aucun ».

qu'il doit ou qu'il peut naturellement fournir.

D'Argentrée, sur l'ancienne coutume de Bretagne, propose, relativement à la construction des Moulins, deux *règles coutumières* qui confirment tout ce que nous avançons :

« Tout homme, soit noble ou roturier, peut faire Moulin, pourvu qu'il n'endommage autrui en sa terre, ni ne préjudicie à autre qui en ait auparavant lui, par regorgement d'eau ou autrement.

» Ce n'est pas pour former intérêt ni juste cause d'opposition, de dire que la construction de nouveau Moulin fera qu'il viendra moins de moutaux à l'opposant ».

On objecte contre cette résolution quelques arrêts, et notamment celui du parlement de Paris, du 29 mars 1575, rapporte par Brodeau sur Louet, lettre M, §. 17; mais s'il est permis de juger par l'un de la fidélité avec laquelle ils sont cités tous, ils ne doivent pas faire grande impression.

En effet, Brodeau dit que le premier, en empêchant un particulier de bâtir un moulin à eau sur un fonds relevant du chapitre de Tours, a maintenu ce chapitre dans le droit exclusif d'avoir, dans la seigneurie du lieu, un Moulin à blé, *auquel les sujets sont tenus d'aller moudre*. Il est évident, par ces termes, que le Moulin du chapitre de Tours était banal. Dès-là, quel rapport y a-t-il entre cet arrêt et notre question ?

Voilà tout ce qu'on dit et tout ce qu'on peut dire sur cette matière contre les seigneurs. Mais ceux-ci ont aussi leurs partisans, et ils ne manquent pas de raisons ni d'autorités.

Bouteillier, l'un de nos plus anciens jurisconsultes, dit, dans sa Somme rurale, liv. 1, tit. 73, que *les rivières navigables sont royaes, les autres sont au seigneur.*

Despeisses, *Traité des droits seigneuriaux*, tit. 5, art. 3, sect. 9, n°. 3 et suivans, fait la même distinction. Il établit d'abord les droits du roi sur les grandes rivières; et parlant ensuite des petites, il les partage entre les seigneurs qui ont la justice sur chaque rive.

Cette distinction est aussi adoptée par Loysel, dans ses *Règles de droit coutumier*, liv. 2, tit. 2, art. 5 et 6; voici ses termes : « Les » grands chemins et rivières navigables appar» tiennent au roi. Les petites rivières et che» mins sont aux seigneurs (1) ».

C'est ce qu'établit encore Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*, titre *de la justice*, chap. 6 : « Tous nos auteurs (dit-il) convien» nent que les rivières non navigables appar» tiennent aux seigneurs hauts-justiciers, dans » le territoire desquels elles coulent; en sorte » que, si une rivière partage et divise deux dif» férentes juridictions, chaque seigneur, de » son côté, en a la propriété ».

C'est pareillement la doctrine de Legrand, sur l'art. 179 de la coutume de Troyes; de Chopin, *de Damania*, tit. 15, n°. 3; de Ferrerius, sur la quest. 514; de Guypape; de l'avocat général Le Bret, dans son *Traité de la souveraineté*, liv. 2, chap. 15; du premier président Salvaing, *de l'Usage des fiefs*, liv. 1, chap. 37 et 60; de Guyot, *Traité des fiefs*, tome 6, chap. *des rivières*, n°. 4.

Il serait trop long de rapporter les termes de chacun de ces auteurs; c'est assez que nous puissions assurer que nous les avons vérifiés tous, et que tous s'expriment là-dessus de la manière la plus précise.

Mais on ne peut s'empêcher de transcrire ici la raison fondamentale que donne, de cette jurisprudence, le savant et judicieux Lorry, inspecteur général des domaines, dans ses notes sur le *Traité des domaines* de le Febvre de la Planche, liv. 1, chap. 3. Voici comment il s'explique :

« Cette proportion des grandes rivières aux petites, est celle du fisc, qu'on reconnait entre les mains des seigneurs, au fisc royal. Dans l'étendue sans bornes que ceux-ci donnaient à leurs droits, il s'est trouvé une restriction naturelle : dès qu'il y a liaison et fraternité entre les différentes seigneuries par limite du gouvernement en dernier ressort, il y a nécessairement des choses qui exigent des ressources plus grandes que celles qui sont renfermées dans un territoire circonscrit; c'est là la première origine et la règle la plus générale sur la détermination des cas royaux.

» Ainsi, les grandes rivières sont destinées aux usages des habitans du royaume en général. Ce sont les provinces et non les seigneuries dont elles font la liaison : au lieu que les petites rivières sont destinées à l'usage des cantons qu'elles arrosent; elles en font moudre les Moulins; elles leur fournissent des abreuvoirs; elles peuvent même conduire d'un village à l'autre; et, à ce titre, elles sont placées dans la propriété publique des seigneurs, qui, dans celles-ci, comme le roi dans les grandes, recueilleront les fruits que la chose peut produire ».

Il n'est donc pas vrai, comme l'avance Souchet, sur l'art. 29 de la coutume d'Angoumois, « que Guyot, Lebret et Chopin sont les

(1) Loysel ajoute qu'il en est autrement des ruisseaux; mais cette distinction, dit Guyot (à l'endroit indiqué ci-après), est absolument tombée en désuétude, *abiit in desuetudinem*.

» seuls auteurs qui aient prétendu que les seig-» neurs étaient propriétaires des ruisseaux ». On voit au contraire que la plupart des autres jurisconsultes ont embrassé leur sentiment. C'est même ce qu'ont fait clairement Loyseau, *des seigneuries*, chap. 12, nº. 120 (1), et Coquille, sur l'art. 1, tit. 16 de la coutume de Nivernais (2), quoique Souchet les cite en faveur de l'opinion contraire.

Une fois ce principe admis, nul doute que nous ne devions tenir pour maxime, qu'on ne peut bâtir un Moulin sur une rivière non navigable, sans la permission du seigneur.

Loysel, dans ses *Règles de droit coutumier*, liv. 2, tit. 2, règle 3, dit : « Nul ne peut » *asseoir Moulin* sans le congé de son seig-» neur ».

Dubost, *Jurisprudence du conseil sur les francs fiefs et amortissemens*, tome 2, page 431, établit également que du principe que les petites rivières appartiennent aux seigneurs, « il suit que le droit de bâtir Moulin sur ces » petites rivières, est un droit de propriété » domanial, c'est-à-dire, de seigneurie féo-» dale; et par conséquent, que personne ne » peut avoir ce droit sans la permission du » seigneur ».

C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse, de 1595, rapporté par Larocheflavin, *des droits seigneuriaux*, chap. 17, art. 1 (3).

Fromental, aux mots *droits seigneuriaux*, assure que cette cour a encore jugé de même le 23 février 1724.

Le parlement de Paris a été plus loin. Ecoutons l'annotateur du *Traité des droits seigneuriaux de* Boutaric, titre de *la justice*, chap. 6: « Un seigneur peut même empêcher que celui » qui est seigneur du bord opposé n'appuie sur » sa terre les Moulins ou les chaussées qu'il » fait construire, et cela, quand le proprié-» taire du fonds dans lequel est pris cet ap-» pui, y aurait consenti; parceque cet appui » emporte une marque d'autorité contre la-» quelle le seigneur a droit de s'élever. C'est » ainsi que la question a été jugée par un arrêt » que rapporte Henrys, tome 2, liv. 3, quest. » 50 ».

Du droit commun, passons aux coutumes qui y dérogent.

Art. II. *Dispositions particulières de quelques coutumes sur la faculté de construire des Moulins.*

I. La coutume de Bretagne, art. 601, fait entendre qu'il n'est pas permis de construire un Moulin sur un domaine roturier, et même que le droit d'en bâtir un sur une terre tenue en fief, est réservé aux nobles.

On voit néanmoins dans cette province beaucoup de Moulins bâtis sur des rotures; mais c'est par concession des seigneurs, qui ont bien voulu inféoder le droit de Moulin en faveur de quelques-uns de leurs vassaux.

II. En Normandie, suivant l'art. 210 de la coutume, « Nul ne peut construire de nouveau » une pêcherie ou Moulin, si les deux bords » de la rivière ne sont assis en son fief ».

D'après cet article, dit Basnage, on ne peut douter que la faculté de construire un Moulin à eau ne soit un droit féodal. Cependant, par l'art. 161, la coutume déclare qu'il peut être tenu séparément du fief; « et c'est pourquoi » plusieurs particuliers, bien qu'ils n'aient » point de fiefs, ne laissent pas d'avoir droit » de Moulin, en vertu de la concession qui » leur en a été faite par les seigneurs des » lieux ».}

La coutume ne parle que des Moulins à eau. Ne semble-t-elle point par-là, dit encore Basnage, avoir laissé à chacun la faculté de bâtir des Moulins à vent, soit qu'il possède des fiefs, ou simplement des rotures? En effet, puisque pour se servir de ces sortes de Moulins, on n'a besoin que de vent, sur quel prétexte les seigneurs féodaux pourraient ils en empêcher l'usage contre l'ordre de la nature, qui a rendu cet élément commun à tous les hommes?

L'air et le vent ne sont ni nobles ni roturiers; ils ne sont ni de la dépendance des fiefs, ni sous la juridiction des seigneurs. N'est-ce pas assez qu'on leur ait permis d'imposer des servitudes sur les eaux qui coulent dans leur

(1) Voici les termes de cet auteur : « Quant aux » rivières....., en France, on distingue les navigables » d'avec les non navigables : pour le regard des non » navigables, elles sont *domini privati*, et appar-» tiennent aux particuliers, ET PAR CONSÉQUENT AU HAUT-JUSTICIER, A FAUTE D'AUTRE MAITRE.

(2) « Les petites rivières non navigables (dit ce » jurisconsulte), qui ont leur cours perpétuel, sont » réputées publiques, selon le droit romain. Loi 1, §. » *fluminum*, D. *de fluminibus*. Mais en France, » les seigneurs les tiennent pour la plupart, en pro-» priété domaniale ».

(3) Voici comment s'exprime ce magistrat : « Par » la coutume et la loi du royaume, les seigneurs hauts-» justiciers sont fondés en la propriété des fleuves et » rivières non navigables, qui passent en leurs juri-» dictions : d'où s'ensuit qu'ils sont fondés aussi à pro-» hiber qu'aucun ne fasse aucun Moulin auxdites » rivières ou ruisseaux ; et ainsi fut jugé par jugement » de notre chambre, confirmé par arrêt de la cour, » donné en faveur de la comtesse d'Alés, contre un » sien vassal, qui voulait, contre sa volonté, faire un » Moulin sur une rivière passant en la juridiction, en 1585 ».

territoire, quoique ces eaux ne leur appartiennent point, puisque la nature ne les a produites que pour l'usage commun?

On peut dire, à la vérité, qu'ils ont la seigneurie du lit de la rivière; mais à l'égard de l'air, qui est si fort élevé au-dessus des hommes, ne doit-il pas être affranchi de leur domination?

« Il semble donc (ajoute Basnage), qu'il n'y » a point d'inconvénient que le propriétaire » même d'un fonds roturier puisse construire » un Moulin à vent, pourvu que le seigneur » féodal n'ait point un droit de banalité dans » le même lieu ».

[III. Dans le Bourbonnais, on distingue, par rapport aux Moulins à eau, ceux qui sont construits sur les rivières d'Allier, de Loire, de Sioule, de Cher et de Bèbre, d'avec les autres.

Pour les premiers, la permission des seigneurs est indispensable, parcequ'aux termes de l'art. 341 de la coutume, ces cinq rivières appartiennent aux hauts-justiciers.

Mais il en est autrement à l'égard des autres rivières et ruisseaux qui circulent et serpentent dans les seigneuries. C'est ce qui a été jugé depuis peu entre le sieur Fauvre et le sieur Morel, seigneur de Trérel.

Le premier avait fait bâtir un Moulin dans un terrain qui lui appartenait; et pour le faire tourner, il avait pratiqué une saignée dans le ruisseau de Têche. Le sieur Morel soutenait qu'on avait en cela porté atteinte à ses droits de haut justicier, et il prétendait avoir en cette qualité la propriété du ruisseau. Le sieur Fauvre répondait que l'art. 341 de la coutume n'attribue aux seigneurs hauts-justiciers que la propriété des cinq rivières dont on vient de parler, et ajoute expressément qu'il n'en est pas de même des autres petites rivières et ruisseaux. Malgré cette défense, la prétention du seigneur fut accueillie en 1776, par une sentence de la maîtrise particulière des eaux et forêts de Moulins. Mais le sieur Fauvre en ayant interjeté appel, elle a été infirmée par arrêt prononcé au siége de la table de marbre du Palais, à Paris, le 1er mai 1777.

Ainsi, il faut tenir pour principe, soit d'après cet arrêt, soit d'après l'art. 341 de la coutume de Bourbonnais, qui n'en a pas cependant une disposition absolument précise et littérale, que, dans cette province, les propriétaires riverains peuvent détourner, pour l'usage de leurs Moulins, l'eau des petites rivières et des ruisseaux qui coulent à travers les héritages dépendans de la seigneurie des hauts-justiciers.]

IV. La coutume de Péronne a, sur ce point, des dispositions particulières, que des arrêts récens ont consacrées. Nous ne pouvons mieux les faire connaître, qu'en transcrivant ce qu'on lit dans la *Gazette des tribunaux*, année 1777, page 339:

« Par arrêt contradictoire, rendu le 30 août 1776, entre M. de Larochefoucault, duc de Liancourt, seigneur du lieu de Villiers-Faucon, situé dans la coutume de Péronne, et le nommé François Nuat, valet de meunier, il a été ordonné que Nuat démolirait le Moulin à vent qu'il avait fait construire de son propre mouvement sur le territoire de la seigneurie de Villiers-Faucon; et faute par lui de le faire, M. le duc de Liancourt a été autorisé à le faire démolir lui-même par un nombre d'ouvriers suffisant, et en cas de rébellion, à se faire assister de la maréchaussée.

» Par arrêt du 20 du même mois, la cour a permis au duc de Liancourt de faire afficher celui du 13.

» Ces deux arrêts ont déterminé le nommé Lefevre, meunier emphitéotique du Moulin de Fuis, situé aussi dans la coutume de Péronne, à se pourvoir contre le nommé Barlemont, qui s'était avisé de bâtir un Moulin à vent dans la seigneurie de Fuis. Arrêt du 7 février 1779, qui a également ordonné la démolition du Moulin de Barlemont.

» Plusieurs arrêts semblables ont été rendus par le parlement de Paris, qui s'est fondé singulièrement sur le texte de la coutume de Péronne; ce qui établit une jurisprudence constante, et maintient les seigneurs hauts-justiciers-voyers seuls dans le droit de faire construire des Moulins à vent ou à eau dans l'étendue de leur seigneurie ».

[Art. III. *Examen des lois qui, dans la Belgique, déclarent les droits d'eau et de vent domaniaux.*

L'empereur Charles Quint et Philippe IV, roi d'Espagne, ont défendu, par deux placards des 21 février 1547 et 21 juillet 1628, de construire aucun Moulin dans les provinces de Flandre, d'Artois et de Hainaut, sans la permission expresse du prince, et sans payer à son domaine une certaine redevance à titre de cens.

Le préambule de la première de ces lois en contient les motifs. Voici dans quels termes il a été traduit du flamand en français:

« Comme à cause de nos hauteurs et » prééminences, il nous appartient et compète » que personne de nos vassaux et sujets de nos » pays et comté de Flandre, ne puisse jouir » d'aucuns francs moulages, faire ériger ni » posséder en leur pays, terres et seigneuries

» aucuns nouveaux Moulins à vent ni à eau, » sans auparavant avoir sur ce obtenu notre » permission et consentement, et à la charge de » payer annuellement certaine reconnaissance » à notre profit, et telle que, selon l'exigence » du cas, elle est trouvée raisonnable; mais » nonobstant ce, il est venu à notre connais- » sance qu'il y a plusieurs personnes qui se » sont ingéré et s'ingèrent encore journelle- » ment de construire et ériger des Moulins à » cheval en particulier, non seulement dans » les paroisses et places là où nous et nos vas- » saux et sujets sommes en possession depuis » ancien temps, d'avoir et posséder Moulins, » mais aussi au-dehors et encore aux environs » des mêmes paroisses et places, au moyen » de quoi ils moulent non-seulement leurs » blés et grains, mais aussi ceux des autres » gens sur telles moutures que bon leur sem- » ble, ce qui contourne à la diminution des » Moulins banaux, situés aux environs, qui, » à la succession des temps, pourront, à notre » dommage et intérêt considérable, et de nos » vassaux, se trouver réduits à rien, à moins » qu'il n'y fût par nous pourvu de provision » expresse..... ».

Ces lois n'eurent pas d'abord une entière exécution; et lorsqu'une partie de la Belgique rentra sous la domination française, elles échappèrent quelque temps à l'attention du gouvernement. Ce ne fut qu'en 1700 que l'on commença à s'en occuper. Un arrêt du conseil, du 4 mai de cette année, ordonna que tous les particuliers qui, jusqu'alors, auraient construit des Moulins à eau, à vent, à huile ou à cheval, dans les provinces dont il s'agit, sans la permission du roi, demeureraient confirmés dans leur possession et jouissance, en payant à l'avenir une redevance annuelle de quinze florins pour les Moulins à eau, de six pour les Moulins à vent, de cinq pour les Moulins à huile, et de quatre pour les Moulins à cheval.

Le 7 décembre de la même année, le conseil a déclaré par un autre arrêt, que les permissions de construire des Moulins dans les provinces de Flandre, d'Artois et de Hainaut, ne pouvaient être accordées que par le roi; et il a fait défenses aux officiers du bureau des finances de Lille, et à tous autres, d'en accorder à l'avenir.

Ces arrêts n'ayant pas empêché les trésoriers de France de donner un grand nombre de ces permission, il en a été rendu un autre le 9 mars 1726, qui les a cassées, sauf aux propriétaires des Moulins bâtis en conséquence, « à remettre dans un mois au sieur contrôleur » général des finances, leurs mémoires pour la » conservation desdits Moulins, pour, sur le » rapport qui en serait par lui fait à sa majesté, » y être statué ainsi qu'il appartiendrait ».

Le 18 novembre 1778, il est intervenu au conseil un arrêt important sur cette matière; en voici les termes:

« Sur ce qui a été représenté au roi étant en son conseil, que le droit d'eau et de vent étant un droit domanial dans la province de Flandre, aucun particulier ne peut y construire de Moulins à eau et à vent, sans la permission de sa majesté; que ces permissions ne s'accordent que sur l'avis du bureau des finances et du commissaire départi en ladite généralité; que ces précautions ont été sagement établies, pour s'assurer que les constructions de Moulins demandées ne sont susceptibles d'aucun inconvénient; que néanmoins plusieurs particuliers s'y soustraient, soit en construisant des Moulins sans avoir obtenu le jugement du bureau des finances, soit enfin en allant payer aux fermiers ou régisseurs des domaines de la généralité, les redevances d'usage, comme s'ils avaient obtenu l'octroi de sa majesté; ce qui est aussi contraire aux réglemens que préjudiciable aux particuliers eux-mêmes, qui s'exposent à supporter la perte des frais de construction desdits Moulins: à quoi sa majesté voulant pourvoir, le roi étant en son conseil, a ordonne ce qui suit:

» Art. 1. Tous ceux qui pourraient avoir construit dans la province de Flandre, aucun Moulin, soit à eau, soit à vent, sans jugement préalable du bureau des finances de Lille, et sans avoir sur icelui obtenu la permission de sa majesté, seront tenus de se pourvoir, dans trois mois pour tout délai, audit bureau des finances, à l'effet d'obtenir un jugement préparatoire sur lesdites constructions; et dans les trois mois dudit jugement, de se retirer pardevers sa majesté, à l'effet d'obtenir les permissions nécessaires.

» 2. Ceux qui pourraient avoir construit dans ladite province aucun Moulin, sur le seul jugement du bureau des finances, et sans avoir sur icelui obtenu les permissions nécessaires de sa majesté, seront pareillement tenus de se retirer, dans les trois mois du jour de la publication du présent arrêt, pour tout délai, pardevant sa majesté, à l'effet d'obtenir lesdites permissions.

» 3. Lesdites permissions ne peuvent, dans l'un et l'autre cas, être accordées qu'à la charge, par ceux qui les obtiendront, de payer les rentes prescrites par l'arrêt du 4 mai 1700, et les arrérages d'icelles, depuis l'époque desdites constructions ou du dernier paiement qu'ils pourraient avoir fait.

» 4. Veut sa majesté que, faute par les propriétaires des Moulins, d'obtenir lesdits jugemens et permissions dans les délais ci-dessus, lesdits Moulins soient démolis, et les propriétaires d'iceux contraints au paiement des arrérages des rentes qu'ils auraient dû acquitter depuis l'époque des constructions desdits Moulins ou du dernier paiement des arrérages desdites rentes, jusqu'au jour de la démolition d'iceux.

» 5. Fait sa majesté très-expresse inhibition et défenses à toutes personnes de faire construire à l'avenir dans ladite province de Flandre, aucun Moulin, sans avoir obtenu jugement du bureau des finances, et sur icelui la permission de sa majesté, laquelle ne sera accordée que sur l'avis du sieur intendant et commissaire départi dans ladite province.

» 6. Ordonne sa majesté que tous les Moulins qui seront construits depuis le jour de la publication du présent arrêt, même les ouvrages commencés avant d'avoir obtenu lesdits jugemens et permissions, seront démolis aux frais des propriétaires, lesquels seront en outre condamnés en 300 livres d'amende.

» 7. Fait défenses aux fermiers et receveurs des domaines en Flandre, à leurs préposés et commis, d'accepter et recevoir le paiement des redevances ordinaires, pour aucun nouveau Moulin, si préalablement il ne leur est apparu desdits jugemens et permissions; leur ordonne de dénoncer à son procureur audit bureau des finances à Lille, les constructions des Moulins qui auront été faites en contravention aux dispositions du présent arrêt, à l'effet, par sondit procureur, d'en poursuivre la démolition, et de faire condamner les contrevenans en l'amende ci-dessus prononcée ».

Il a été rendu un arrêt semblable pour le Hainaut, le 2 janvier 1778.

Tous ces réglemens semblent décider irrévocablement pour la négative, la question de savoir si l'on peut, dans la Belgique française, construire des Moulins sans la permission du roi et sans assujétissement à des redevances annuelles, qui emportent lods et ventes aux mutations. Cependant cette question est encore un problème; et il paraît à bien des personnes éclairées, qu'elle ne pourra jamais être décidée juridiquement en faveur du domaine.

La liberté de construire des Moulins est de droit naturel; elle est reconnue dans presque toutes les provinces de l'intérieur de la France; et l'on ne peut pas dire que les souverains de la Belgique l'aient jamais gênée légalement par rapport à la Flandre gallicane.

Il est vrai que les deux placards de 1547 et 1628 mettent au nombre des attributs exclusifs de la souveraineté, le droit de permettre la construction des Moulins; mais ni l'un ni l'autre n'ont été publiés dans la Flandre gallicane, et n'ont pu, par conséquent, y avoir d'exécution. Le premier n'est adressé qu'au conseil provincial de Gand; et il est conçu en langue flamande, sans doute parcequ'il a été fait pour la Flandre flamande. Le second ne fait qu'ordonner l'exécution du premier, et réprimer les abus que les seigneurs s'étaient crus autorisés à commettre en vertu de cette loi nouvelle; il n'a donc pas été rendu pour la Flandre gallicane, puisque le placard de 1547 n'y avait point été exécuté ni dû l'être, et que par conséquent on n'avait pas pu y abuser de ses dispositions.

C'est néanmoins d'après ces deux placards, et dans la fausse supposition qu'ils avaient force de loi dans toute la Belgique, qu'a été rendu l'arrêt du conseil du 4 mai 1700. Cet arrêt a excité les réclamations des États d'Artois et de la Flandre gallicane, qui ont fait valoir leurs privilèges, leur affranchissement immémorial des dispositions consignées dans les placards cités, les articles de leurs capitulations, qui les maintenaient dans tous leurs anciens droits et usages; et le roi a jugé leur cause si favorable, qu'il a sursis à l'exécution de l'arrêt pour la province d'Artois, par sa réponse au cahier de 1701, et pour la Flandre gallicane, par un arrêt de son conseil, du 3 octobre 1702.

Cette surséance a-t-elle été levée par l'arrêt du conseil du 9 mars 1726? Les motifs, l'objet et le dispositif de cet arrêt prouvent que non. On voit, en effet, qu'il n'y est question ni des redevances annuelles, ni des lods et ventes aux mutations, ni même au fond du droit d'eau et de vent. Il déclare seulement que le bureau des finances de Lille n'est point compétent pour permettre l'érection des Moulins; et l'on sent qu'il serait contre toutes les règles de l'étendre au-delà de ses termes. D'ailleurs, la surséance prononcée par l'arrêt de 1702, devait durer jusqu'à ce que les États de la Flandre gallicane eussent représenté les titres en vertu desquels ils prétendaient être déchargés de l'exécution de l'arrêt de 1700, jusqu'à ce que le fermier du domaine eût été entendu, que l'intendant eût donné son avis, et que le conseil eût prononcé définitivement sur le tout. Or, rien de tout cela n'a été fait en 1726 : il n'est donc pas possible qu'on ait alors voulu lever la surséance. Enfin, quand un arrêt lève un sursis, il le fait en termes exprès, et celui de 1726 n'en dit mot.

En 1728, le roi demanda aux provinces bel-

giques un droit de confirmation de leurs franchises et immunités, et l'on en determina particulièrement la levée sur les arts et métiers, les îles et les îlots. En conséquence, il intervint un conseil un arrêt, qui en acceptant l'offre des États de la Flandre gallicane, d'une somme de 60,000 livres, par forme d'abonnement, déclara que les corps d'arts et métiers, et les propriétaires des îles et îlots demeuraient confirmés dans toutes les franchises, droits et privilèges dont ils jouissaient avant l'avenement de Louis XV au trône. Cet arrêt ne parlait pas des Moulins; on en inquiétait si peu les proprietaires, que les États n'avaient pas cru devoir demander la confirmation de leurs droits à cet égard : mais, trois ans après, ils y penserent plus sérieusement, et sur leurs représentations, le conseil déclara par arrêt du 29 mai 1731, que sa majesté avait entendu comprendre dans l'abonnement de 1728, le droit de confirmation des Moulins dépendans du département de Lille, Douai et Orchies.

Sur quoi porte la confirmation que cet arrêt accorde aux États? Est-ce sur les lettres d'octroi particulières pour chaque Moulin? Non sans doute; les trois quarts des propriétaires n'en ont aucune. C'est donc sur l'affranchissement de la province, par rapport aux redevances et aux droits de mutation exigés depuis peu sur les Moulins; et par-là le conseil les a maintenus dans cet affranchissement, sinon pour toujours, du moins jusqu'à ce que la chose ayant été examinée plus à fond, sa majesté ait prononcé définitivement sur les remontrances de 1702.

En 1757, le sieur de Raincourt, receveur des domaines, menaça d'exécuter les sieurs Duchâteau et Grenet, l'un pour le paiement d'une redevance annuelle, supposée due par son Moulin; l'autre pour un droit de lods et ventes qu'il avait reçu en conséquence de la vente d'un Moulin situé dans sa mouvance. Mais ces deux particuliers se pourvurent devant M. de Caumartin, intendant de Flandre; et après une discussion très-approfondie, ce magistrat rendit, le 20 décembre 1759, une ordonnance portant que le sursis prononcé par l'arrêt du conseil, de 1702, serait exécuté suivant sa forme et teneur, jusqu'à ce qu'il en eût été autrement ordonné par le roi.

En 1760, le sieur Duclair, préposé à la recette des droits seigneuriaux du domaine, voulut obliger les propriétaires des Moulins à eau bâtis dans la ville de Douai, de lui représenter leurs contrats d'acquisition, afin que, sur les prix qui y seraient exprimés, distraction faite de la valeur des fonds, il pût percevoir les droits de lods et ventes. Il commença par assigner trois de ces propriétaires; ceux-ci se réunirent; les échevins de Douai intervinrent, et par sentence rendue au bureau des finances de Lille, le 24 mars 1760, le sieur Duclair obtint toutes ses demandes avec dépens. Mais sur l'appel au parlement de Flandre, il a été rendu, le 5 janvier 1765, un arrêt, au rapport de M. de Forest, qui « a » mis l'appellation et la sentence dont a été » appelé au néant; émandant, a débouté ledit » Duclair de ses demandes, fins et conclusions, » et l'a condamné aux dépens, tant de la cause » principale, que de celle d'appel ».

A ces décisions si claires et si précises, se réunit une sentence du bureau des finances de Lille, du 7 août 1772, rendue entre le receveur des domaines et les religieuses de l'Abbiette, au sujet d'un droit seigneurial prétendu par le premier sur le prix d'un Moulin appartenant à celles-ci. Ce jugement ordonne que l'arrêt du conseil de 1702 sera exécuté suivant sa forme et teneur, et en conséquence condamne le receveur des domaines à restituer les lods et ventes qu'il a perçus, et aux dépens.

Mais l'arrêt du conseil, du 18 novembre 1778, n'a-t-il pas condamné implicitement cette jurisprudence? Cette question fait actuellement la matière d'un procès pendant au bureau des finances de Lille. Le prince de... soutient la négative contre le procureur du roi, poursuite et diligence de l'administrateur général des domaines. Voici le précis des raisons que j'ai cru devoir employer pour sa défense.

« L'arrêt du conseil, du 18 novembre 1778 ne peut être que le fruit de la surprise. Il présente le droit d'eau et de vent comme incontestablement domanial dans toute la province de Flandre; il suppose comme décidé, ce que les arrêts du conseil de 1702 et 1731 ont laissé indécis; il ne fait pas même la moindre mention de ces arrêts, et il anéantit ainsi en un seul moment des jugemens solennels et contradictoires, à l'abri desquels se reposaient tranquillement tous les propriétaires de Moulins.

» Il n'en faudrait pas davantage sans doute pour les autoriser à y former opposition; mais cette voie ne leur est pas nécessaire; ils trouvent dans l'arrêt même la preuve qu'il ne peut pas faire loi; l'art. 9 ordonne que *seront sur le présent arrêt toutes lettres-patentes nécessaires expédiées;* il fallait donc des lettres patentes pour le faire exécuter : cette formalité était essentielle : elle n'a point été

remplie; conséquemment l'arrêt doit être regardé comme non avenu ».

Il n'a été fait aucune réponse à ces moyens, de la part du domaine; et l'affaire est restée sans poursuite.

A l'égard de l'Artois, il y a depuis longtemps une instance pendante au conseil entre les États de cette province et le procureur du roi au bureau des finances de Lille, sur la question de savoir si elle est sujette au droit de vent et d'eau.

En 1768, le nommé Thomas Noureux, demeurant à Anneux, village d'Artois, enclavé dans le Cambresis, ayant fait construire un Moulin à vent sans en avoir obtenu la permission du roi, et malgré les défenses que le bureau des finances de Lille lui avait faites, le 30 juin de cette année, d'en continuer la construction, sous peine d'amende et de confiscation, il est intervenu au même siege, le 15 octobre suivant et le 18 mai 1770, deux ordonnances en vertu desquelles le gros fer de ce Moulin a été enlevé et sequestré.

Noureux a appelé de ces ordonnances au parlement de Paris, et le 22 juin 1770, il y a obtenu un arrêt qui a reçu son appel, lui a permis d'intimer qui bon lui semblerait, a fait défenses d'exécuter les ordonnances du bureau des finances, a autorisé par provision Noureux à jouir de son Moulin et à le faire tourner, et a défendu à toutes personnes de l'y troubler.

Le procureur du roi au bureau des finances a dénoncé cet arrêt au ministère; il l'a présenté 1°. comme contraire à la maxime que la provision est toujours due au roi; 2°. comme attentatoire à l'autorité du conseil, qui, étant déjà saisi de l'instance générale sur le droit d'eau et de vent en Artois, était seul compétent pour statuer sur la contestation particulière élevée par Noureux.

En conséquence, arrêt du 23 février 1773, par lequel « le roi, en son conseil, sans s'arrêter à l'arrêt du parlement de Paris, du 22 » juin 1770, que sa majesté a cassé et annulé, » en ce qu'il autorise par provision Thomas » Noureux à jouir du Moulin qu'il a fait cons- » truire à Anneux, sans la permission de sa » majesté, a évoqué et évoque à soi et à son » conseil l'instance pendante au conseil entre » les États d'Artois et le procureur pour sa » majesté au bureau des finances, pour être » jugé par un seul et même arrêt; en consé- » quence, ordonne sa majesté que la requête.... » sera communiquée audit Noureux..., et » cependant par provision, que les ordon- » nances dudit bureau des finances seront » exécutées selon leur forme et teneur; ce » faisant, que le gros fer des meules de Moulin » établi par ledit Noureux sera de nouveau » ôté et mis en dépôt chez le mayeur du vil- » lage d'Anneux, et que les scellés seront » réapposés sur lesdites meules, pour y rester » jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné » par sa majesté; et condamne ledit Noureux » à tous les frais faits contre lui.....; sauf à lui » à se retirer par devers sa majesté pour en » obtenir la permission de faire tourner son » Moulin ».

Au surplus, on a quelquefois voulu pousser fort loin les conséquences du système que nous venons de combattre.

Par exemple, quoique l'art. 12 du chap. 134 des chartes générales de Hainaut déclare très-positivement que les seigneurs particuliers sont propriétaires des rivières qui arrosent leurs seigneuries, le nommé Richard, habitant de Villerspol, village de cette province, a prétendu qu'il n'avait besoin que de la permission du roi, pour bâtir un Moulin sur la rivière de Ronelle, qui coule dans ce territoire, et qu'il pouvait en faire la construction, malgré le chapitre métropolitain de Cambrai, seigneur du lieu.

Sa raison, ou plutôt son prétexte, était que le droit d'eau étant domanial dans la province de Hainaut, le roi avait seul le pouvoir de disposer des eaux de la Ronelle, comme de toute autre rivière, et par suite que la permission du gouvernement suffisait pour autoriser le propriétaire d'un héritage contigu, à y bâtir un Moulin. Le chapitre métropolitain de Cambrai s'est élevé contre cette prétention vraiment destructive des dispositions de la coutume.

Du premier abord, son opposition a été mal accueillie. Une sentence du bureau des finances de Lille, du..... août 1782, l'a rejetée avec dépens.

Sur l'appel, voici ce que je disais pour établir qu'elle avait mal jugé.

« La prétention de Richard serait soutenable (dans l'hypothese de la domanialité du droit d'eau et de vent), si la question devait être jugée par les mots, et qu'une équivoque pût servir de base à une décision juridique. Mais on n'en est pas réduit à ce point.

» Y a-t-il une loi qui déclare positivement, formellement, que le *droit d'eau et de vent*, pris dans le sens qu'y donne Richard, est domanial dans la Belgique? Non, ces mots *droit d'eau et de vent* ne se trouvent même dans aucun des réglemens que Richard s'efforce de faire valoir. Que porte le placard de 1547? Rien autre chose, si ce n'est qu'on ne peut construire aucun Moulin, soit *à eau*, soit *à vent*, soit *à cheval*, sans la permission du roi.

Il ne dit pas que toutes les eaux, que toute la masse d'air, que tous les chevaux appartiennent au fisc; et sans doute on voudra bien épargner à la mémoire de son auteur, la honte d'avoir érigé en loi une aussi grande absurdité.

» Que porte ensuite le placard de 1628? On l'a déjà dit : il ne fait qu'ordonner l'exécution du placard de 1547; il n'attribue donc rien de nouveau au fisc.

» Que portent enfin les arrêts du conseil de 1700 et de 1726? La même chose, et rien de plus. Pas un mot, soit dans l'un, soit dans l'autre réglement, du *droit de vent et eau*. Bornés à la construction des Moulins à eau, à vent et à cheval, pour laquelle ils requièrent la permission du souverain, ils n'étendent pas leurs dispositions jusqu'aux objets qui servent à faire tourner ces Moulins; et, encore une fois, il aurait été bien absurde de vouloir ranger l'eau, le vent et *les chevaux* dans la propriété du roi.

» Ce n'est que depuis peu qu'on a introduit cette dénomination de *droit d'eau et de vent;* et le bon sens nous dit assez qu'un mot nouveau ne suffit pas pour établir de nouveaux droits, encore moins pour exproprier des Français.

» Aussi l'arrêt du conseil de 1778, le premier de tous ceux où il est parlé de *droit d'eau et de vent*, ne donne-t-il à ce droit prétendu, d'autre effet que d'assujétir ceux qui veulent bâtir des Moulins, à la nécessité de l'obtention de *lettres d'octroi;* et, ce qu'il importe bien de remarquer, il ne fait résulter cet assujétissement que des vues de police et de bon ordre qui doivent toujours diriger le gouvernement. *Ces précautions*, porte-t-il, *ont été sagement établies, pour s'assurer que les constructions de Moulins demandées ne sont susceptibles d'aucun inconvénient.*

» On voit que ce n'est point par droit de propriété, mais par *précaution*, et seulement pour éviter des *inconvéniens*, qu'a été établi, ou plutot qu'on a prétendu établir, ce qui s'appelle aujourd'hui le *droit d'eau et de vent;* donc on ne peut pas conclure de cette dénomination, que le souverain soit propriétaire de toutes les eaux qui arrosent les provinces belgiques, et qu'à lui seul appartiennent toutes les rivieres, même non navigables, tous les ruisseaux, tous les étangs, tous les viviers de la Flandre et du Hainaut.

» Nous disons *tous les étangs et les viviers;* car il faut aller jusque là pour adopter le sens que donne Richard au prétendu *droit d'eau*. Un particulier qui, par une mécanique industrieuse, pourrait parvenir à faire d'un simple étang ou vivier de son clos, un volume d'eau assez rapide et assez fort pour faire tourner un Moulin, ne pourrait, aux termes des réglemens cités, construire ce Moulin sans permission du roi; car ces réglemens parlent en général, et ils n'exceptent aucune espèce de Moulin de leurs dispositions. Qu'un Moulin soit bati sur une riviere ou sur un étang, dans un lieu public ou dans un clos privé, il n'importe : il est, dans tous les cas, soumis aux placards de 1547 et 1628, et aux arrêts du conseil de 1700, 1726 et 1778. Cependant, oserait-on dire que le roi fût pour cela propriétaire de mes étangs, de mes viviers? Oserait-on prétendre que l'eau de mon puits appartînt au fisc.

» Disons donc que, par *droit d'eau et de vent*, on ne peut entendre que le droit de permettre ou de défendre la construction des Moulins, soit à vent, soit à eau, suivant que cette construction est ou n'est pas exempte d'*inconvéniens*.

» Mais de là même ne résulte-t-il pas clairement que ce droit ne porte aucune atteinte à la propriété des seigneurs sur les rivieres non navigables, et, par suite, que, pour ériger un Moulin sur les rivières de cette nature, il faut, indépendamment de l'autorisation du souverain, le consentement exprès et formel du seigneur à qui appartient cette rivière?

» Raisonner autrement, c'est convertir un droit de pure police en droit de propriété fonciere; c'est faire de l'inspection que le souverain s'est réservée sur l'usage que ses sujets font de leurs biens, une usurpation de ces biens mêmes.

» Qu'on y fasse bien attention : *le droit de vent* est mis, par les réglemens, sur la même ligne que le *droit d'eau;* et dès-lors, il faut pour être conséquent, que tout ce qu'on dit de l'un, puisse également s'adapter à l'autre, sans absurdité comme sans injustice.

» Ainsi, pour que ce raisonnement fût exact, *j'ai obtenu du roi la permission de bâtir un Moulin à eau, donc je peux bâtir ce Moulin sur la rivière du seigneur du lieu*, il faudrait que celui-ci le fût également : *j'ai obtenu du roi la permission de bâtir un Moulin à vent; donc je peux bâtir ce Moulin sur une place publique, sur un chemin, en un mot sur tel des biens du seigneur que je trouverai convenir.* Or, à coup sûr, le second de ces raisonnemens serait ridicule; il en est donc de même du premier.

» Pour faire mieux sentir cette vérité, supposons que, par une loi publique, le souverain défende de cultiver dans ses Etats telle espèce de plante, ou d'y planter telle espece d'arbre,

sans sa permission. Vous obtenez du gouvernement la permission de planter cette espèce d'arbre, de cultiver cette espèce de plante, parceque vous faites voir que, dans le cas où vous vous trouvez, les inconvéniens qui l'ont porté à gêner sur ce point la liberté des citoyens, ne sont pas à craindre. S'ensuivra-t-il de là que vous viendrez exercer dans mon champ le droit de plantation qui vous a été accordé? Non sûrement. Eh bien! C'est ici la même chose. Vous ne bâtirez pas de Moulin sans la permission du roi, à la bonne heure; mais cette permission obtenue, vous ne la mettrez pas en exercice sur le fonds d'autrui, ni par conséquent sur la rivière de votre seigneur; ou du moins vous ne le ferez qu'avec son consentement.

» Par-là, par cette combinaison des réglemens sur le prétendu droit d'eau et de vent avec le droit de la propriété, on satisfait tout à la fois à l'intérêt public et à l'intérêt particulier.

» On satisfait à l'intérêt public, en veillant à ce qu'aucun Moulin ne s'élève dans des endroits où il pourrait, soit causer des inondations, soit gêner un passage nécessaire, soit occasionner toute autre espece de préjudice.

» On satisfait aussi à l'intérêt particulier, en respectant les propriétés, en laissant au maître du fonds la pleine jouissance des avantages qu'il peut en tirer, et en ne souffrant pas qu'un tiers vienne s'établir, malgré vous, sur votre terrain ».

Sur ces raisons, arrêt du 21 juin 1785, à la seconde chambre, au rapport de M. l'abbé de Wery, qui « met l'appellation et la sentence » dont a été appelé au néant; émandant, déclare les appelans bien fondés dans leur opposition; en conséquence, fait défense à l'intimé de construire aucun Moulin sur la rivière de Ronelfe, dans l'étendue de la seigneurie de Villerspoll; ordonne suivant ce, » que ce qui en a été construit jusqu'à présent » sera démoli; condamne ledit Richard aux » dépens, tant de la cause principale que de » celle d'appel ».]

[[Art. IV. *Abrogation des coutumes et des lois retracées dans les trois articles précédens. Nouvelle législation sur cette matière. Conséquences de cette innovation par rapport aux redevances qui ont pour cause des permissions de bâtir des Moulins, accordées par les ci-devant seigneurs ou par le Domaine.*

I. Le *droit de vent*, c'est-à-dire, le droit exclusif que s'étaient attribué les ci-devant seigneurs dans quelques coutumes, et le Domaine dans les provinces belgiques, a été aboli par l'art. 23 du tit. 2 de la loi du 15 mars 1790. *V.* les conclusions du 31 mars 1815, rapportées à l'article *Banalité*, n°. 13.

II. Les ci-devant seigneurs ont également perdu, avec leurs justices, le droit exclusif qu'ils avaient presque partout de bâtir des Moulins sur les rivières non navigables. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Cours d'eau*, §. 1.

III. Il ne faut pourtant point conclure de là que, dans l'état actuel de la législation, il soit indistinctement libre à tout particulier de bâtir un Moulin sur son propre fonds.

D'abord, l'art. 41 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791, porte qu'il ne pourra être formé dans la ligne des douanes, « à l'exception » des villes, aucune nouvelle clouterie, papeterie ou *autre grande manufacture*, *ou* » *fabrique*, sans l'avis du directoire du département », représenté aujourd'hui par le préfet; et cette disposition s'applique naturellement aux moulins, soit à eau, soit à vent.

La loi du 21 ventôse an 11 va plus loin:

« Art. 1. Le déplacement des fabriques et manufactures qui se se trouveront dans la ligne des douanes pourra être ordonné, lorsqu'elles auront favorisé la contrebande, et que le fait sera constaté par un jugement rendu par les tribunaux compétens.

» 2. Il sera accordé, pour effectuer le déplacement, un délai qui ne pourra être de moins d'un an ».

La loi du 30 avril 1806 va plus loin encore:

« Art. 76. Les moulins situés à l'extrême frontière, pourront être frappés d'interdiction par mesure administrative et par décision des préfets, lorsqu'il sera justifié qu'ils servent à la contrebande des grains et farines; le tout sauf le pourvoi pardevant sa majesté en son conseil d'état.

» 77. Ces faits devront être légalement constatés par procès-verbaux de saisie ou autres dressés par les autorités locales ou par les préposés des douanes ».

En second lieu, un arrêté du directoire exécutif, du 19 ventôse an 6, ordonne que les dispositions des art. 42 et 43 du tit. 27 de l'ordonnance des eaux et forêts, de 1669, continueront d'être exécutées, et en conséquence, enjoint aux administrations centrales et municipales (représentées aujourd'hui par les » préfets et sous-préfets), de veiller à ce qu'il » ne soit établi..... aucun Moulin, digue ou autre obstacle quelconque au libre cours des » eaux, dans les rivières navigables et flottables,

» dans des canaux d'irrigation ou de dessèchemens généraux, sans en avoir préalablement obtenu la permission de l'administration centrale (aujourd'hui du préfet), qui ne pourra l'accorder que de l'autorisation expresse du directoire exécutif» (aujourd'hui du roi).

Il semblerait, au premier aspect, résulter de là que du moins le propriétaire d'un terrain contigu à une rivière non navigable ni flottable, n'a pas besoin de la permission du gouvernement pour y bâtir un Moulin à eau.

Mais, dans l'usage, cette permission est assez généralement regardée comme nécessaire; et cet usage qui n'est, à dire vrai, qu'un abus, comme le démontre fort bien une dissertation imprimée dans le Recueil de M. Sirey, tome 22, partie 2, page 72, paraît avoir sa source dans le droit que l'art. 16 du tit. 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 attribue aux administrations départementales, de fixer la hauteur à laquelles les propriétaires de Moulins doivent tenir les eaux. (*V.* l'article *Maire*, sect. 12, §. 12).

De là un décret du 11 novembre 1811, qui, après avoir, par son premier article, « autorisé et maintenu l'etablissement d'un Moulin construit dans la commune de Montaterre, département de l'Oise, par le sieur Loison, sur le cours d'ean traversant ses propriétés, et alimenté par la prise faite dans la rivière du Thérain », ajoute, art. 2: « Néanmoins, et attendu les contraventions commises à diverses reprises par le sieur Loison, tant en altérant la prise d'eau, qu'en faisant construire son usiue sans autorisation légale, ledit sieur Loison est renvoyé par devant notre procureur général pres la Cour d'Amiens, pour être poursuivi conformément aux lois et réglemens ».

Mais ce n'était pas simplement sur l'usage général de la France que s'était fondé nn autre décret du 17 messidor an 12, pour dire,

Art. 2, que « personne ne pourra, à l'avenir, établir ou réparer sur *aucune rivière* dn ci-devant Piémont, ni Monlin, ni barrage pour en faciliter le roulement, sans l'intervention des ingénieurs, et sans avoir rempli toutes les formalités ordonnées par l'arrêté du directoire exécutif, du 19 ventôse an 6, ainsi que de celles énoncées dans l'instruction du ministre de l'interieur, du 19 thermidor même année, lesquels seront publiés dans les départemens de la vingt-septieme division militaire ».

Car, en Piémont, l'usage qui, en cette matière, paraît avoir prévalu en France, a nne base légale: il est fondé sur les art 1er. et 2 du tit. 7 du liv. 6 des constitutions sardes de 1770, dont l'un déclare *royaux et en conséquence appartenir au domaine, tous les fleuves, rivières et torrens*, et dont l'autre défend, en conséquence, de construire aucun Moulin à eau sans la permission préalable du roi.

Quoi qu'il en soit, l'usage qui s'est établi sur cette matière en France, est érigé en réglement dans le royaume des Pays-Bas, par un arrêté royale du 28 avril 1820, qui est ainsi conçu:

« Sur le rapport de notre ministre de l'intérieur et du waterstaat, du 10 mai dernier, portant à notre connaissance les contestations qui se sont élevées concernant l'application des lois et réglemens en vigueur sur la police des usines établies sur les cours d'eau;

» Vu l'ordonnance de 1669 sur la police des eaux et forêts; les dispositious successivement faites sur cet objet, et spécialement la loi du 28 septembre 1791, celle du 29 floréal an 10, l'arrêté du 19 ventose an 6, de même que les instructions y relatives;

» Le conseil d'état entendu;

» Prenant en considération le but manifesté de toutes les susdites dispositions et la nécessité de maintenir le bon ordre et la police sur les cours d'eau, et de veiller à ce qu'aucun établissement construit sans l'intervention de l'autorité administrative compétente, ne soit nuisible au libre cours des eaux;

» Considérant d'ailleurs que les lois et réglemens relatifs à cet objet, ont toujours été suivis, tant à l'égard des rivières navigables ou flottables, qu'à l'égard des cours d'eau et ruisseaux qui ne le sont pas;

» Considérant que, quant aux cours d'eau qui ne sont ni flottables ni navigables, et qui, par conséquent, n'appartiennent pas an domaine de l'état, les tribunaux sont compétens pour prononcer sur la propriété de ces cours d'eau; mais que, dans le cas où il s'agit d'une mesure de police, telle que l'est celle d'ordonner, d'autoriser ou de défendre la construction de travaux, soit pour accélérer le cours de l'eau, soit pour prévenir qu'il ne devienne nuisible à l'intérêt général, soit enfin de faire des travaux qui peuvent avoir quelqu'influence sur le cours de ces eaux, l'autorité judiciaire n'est pas compétente, mais seulement l'autorité administrative, sans distinction si les cours d'eau sont navigables ou non;

» Avons arrêté et arrêtons:

» Art. 1er. Les lois et réglemens en vigueur sur l'établissement de moulins, usines, etc., situés sur les cours d'eau, étant applicables

non-seulement à ceux construits ou à construire sur les rivières navigables ou flottables, mais en général à tous ceux qui sont mis en mouvement par des cours d'eau navigables ou non navigables, il est défendu de construire des Moulins, usines, ou autres travaux sur des cours d'eau non-navigables, ou de changer ceux déjà existans, sans en avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'autorité compétente, et sans avoir rempli à cet égard toutes les conditions et formalités prescrites par les mêmes lois et réglemens.

» 2. Néanmoins les autorités locales conservent la faculté d'accorder, de la manière usitée jusqu'à présent, des autorisations ou permissions de construire des seuils, lavoirs et autres travaux de cette espèce, qui sont d'une faible importance, et ne peuvent opérer aucun changement dans le cours des eaux (1) ».

IV. Il reste à déterminer quelles sont, par rapport aux redevances qui ont pour cause des permissions de bâtir des Moulins, les conséquences de l'abolition du droit exclusif qu'avaient ci-devant les seigneurs, dans la plupart des coutumes, et que prétendait le domaine dans les provinces belgiques, d'accorder ces permissions.

Ces redevances avaient, dans le principe, une cause légale; mais cette cause a cessé avec le droit exclusif, qui nécessitait la permission dont elles étaient le prix; et aucune dette ne pouvant exister sans cause, il est clair que ces redevances sont éteintes. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Cours d'eau*, §. 1; *Mines*, §. 1; et *Moulin*, §. 1.

§. VIII. 1°. *Est-ce au pouvoir judiciaire ou à l'autorité administrative qu'appartient la connaissance d'une demande qui tend à obliger le propriétaire d'un Moulin à eau de le démolir, et qui est fondée sur un titre par lequel la démolition de ce Moulin avait été convenue, avec défense de le rétablir ?*

2°. *L'abolition du régime féodal a-t-elle laissé dans toute sa vigueur, ou a-t-elle rendu comme non-avenue, la clause d'une transaction antérieurement passée entre deux seigneurs hauts-justiciers, par laquelle l'un d'eux s'était obligé de démolir un Moulin qu'il avait élevé sur une rivière dont les rives étaient sous sa haute-justice, et s'était interdit la faculté de le rétablir ?*

L'ordre de saint Lazarre était, avant sa suppression et sous le régime féodal, propriétaire et seigneur haut-justicier de la terre de Boigny; le sieur Legrand de Melleray avait la propriété et la haute-justice de la terre de Bretanche; le sieur Papillon était seigneur censier de plusieurs héritages contigus ou enclavés dans l'une et dans l'autre.

Ces trois seigneuries étaient traversées par un cours d'eau formé en partie par les eaux qui viennent des communes de Chilteurs, Lourg et Venneey, en partie par le trop plein des étangs de Bussy et de Goumier, et en partie par la fontaine dite de Saint Pierre, qui prend sa source dans un pré ci-devant dépendant de l'abbaye de Saint-Loup, commune de Boigny.

Ces eaux, réunies sous le nom de *ruisseau des Esses*, coulaient de temps immémorial, et d'après la pente du terrain, dans la partie la plus basse de la prairie de Boigny, à la sortie de laquelle, et au-dessous du pont de Boigny, elles prenaient le nom de *rivière de Bionne*, qui se jette dans la Loire au-dessous de Combleuse.

L'ordre de Saint-Lazare crut pouvoir changer la direction de ce ruisseau, lui creuser un nouveau lit depuis la fontaine de Saint-Pierre jusqu'au pont de Boigny, dans l'espace d'un kilomètre et demi, et le faire ainsi passer le long du parc et des jardins de la maison seigneuriale.

Peu de temps après, il fit construire sur ce même ruisseau, près de la maison seigneuriale, et dans un endroit où les deux rives lui appartenaient, un Moulin qui, dans les sécheresses de l'été, ne pouvant tourner que trois à quatre heures par jour, retenait les eaux pendant vingt à vingt-deux heures de suite, et mettait, pendant tout ce temps, le lit inférieur à sec.

En 1779, l'ordre réclama l'ancien lit du ruisseau, dont les propriétaires riverains avaient joui jusqu'alors. Les sieur Legrand de Melleray et Papillon, qui étaient au nombre de ces propriétaires, et qui avaient en outre la seigneurie directe sur la plus grande partie des deux côtés de cet ancien lit, s'opposèrent à sa prétention.

De là, procès au grand conseil, où l'ordre avait ses causes commises. Les sieurs Legrand et Papillon y demandaient que le ruisseau fût rétabli dans son ancien lit.

Ce procès fut terminé par une transaction du 18 mai 1786, homologuée au grand conseil : voici à quelles conditions :

« Art. 2. S'obligent mesdits sieurs grands officiers pour ledit ordre, de supprimer dans le délai d'un mois, à compter de ce jour, le

(1) Journal officiel du royaume des Pays-Bas, tome 15, n°. 19.

Moulin de Boigny, et d'en faire enlever toutes les pelles, roues, meules, tournans et virans, et sous la charge qu'ils ne pourront, en aucun cas, le rétablir.

» 2°. Le sieur de Melleray consent, sous les conditions ci dessus et ci-après, de se désister, comme il se désiste par ces présentes, de toutes demandes et prétentions tendantes à faire rétablir le cours d'eau des Esses, dans l'ancien lit qu'il occupait autrefois; consent que l'ordre fasse construire à ses frais, à l'extrémité de la vanne dudit Moulin, un mur de la hauteur de 20 pouces seulement au-dessus du niveau actuel du fond solide de la rivière pour y conserver toujours pareille hauteur de 20 pouces d'eau.

» 3°. La grille étant actuellement au fond de la vanne, sera supprimée; et il pourra en être substitué une autre, soit de six pouces au-dessus dudit mur, soit de 26 pouces au fond de ladite vanne, à compter lesdits 26 pouces du niveau du fond solide actuel pris à l'entrée de ladite vanne. Les barreaux de la grille ne pourront avoir moins de 18 lignes de distance entre eux; et lesdites proportions et élévations sont ainsi fixées, afin que ledit sieur de Melleray, seigneur haut-justicier de ladite riviere au-dessus du pont de Boigny, ne puisse être privé d'une partie du poisson que la rupture des étangs supérieurs a coutume d'entraîner; et il ne pourra être mis aucun treillage au-devant desdites grilles, ni rien qui puisse rendre illusoires les distances et hauteurs ci-dessus fixées.

» 4°. Lesdits grands officiers, audit nom, se désistent purement et simplement des demandes par eux formées contre lesdits sieurs de Melleray et Papillon, tendantes à réclamer la propriété du lit de l'ancienne Bionne dans les parties où lesdits sieurs Papillon et de Melleray auraient la propriété ou la directe; consentant qu'ils en jouissent eux, leurs hoirs et ayant-cause en pleine propriété et à toujours ».

Conformément à cette transaction, l'ordre de Saint-Lazare fit détruire le Moulin, mais il en laissa subsister les fondations, ainsi que la maison qui y avait été adossée pour l'habitation du meûnier.

Le 11 mars 1793, l'administration du district d'Orléans adjugea au sieur Delespine, 1°. la maison dite *la commanderie de Boigny*, le parc, les jardins, les bâtimens qui servaient précédemment de chapelle, le tout entouré par des fossés, la riviere et une partie du mur; 2°. la ferme, la basse-cour, les bâtimens et les terres qui en dépendaient; 3°. *la maison du Moulin;* et il fut stipulé par les clauses de l'adjudication, que l'acquéreur prendrait le domaine de la commanderie *dans l'état où il se trouvait, avec toutes les servitudes actives et passives dont il pouvait être légitimement tenu, sans pouvoir par lui prétendre aucune diminution, aucune garantie ni recours, sous quelque prétexte que ce pût être.*

Le sieur Delespine, devenu propriétaire de ce domaine, fit reconstruire le Moulin sur ses anciennes fondations.

Par acte du 9 brumaire an 3, il vendit à Anne Marie Lourdet, épouse du sieur Georges Depinay, *toute la portion de la commanderie de Boigny, qu'il avait acquise de la nation;* et il paraît que, dans le contrat, il ne fut fait aucune mention du Moulin. Quelque temps après, la dame Dépinay revendit le tout à la dame Morin.

Le deuxième jour complémentaire an 8, le sieur Legrand de Melleray fit assigner la dame Morin au tribunal de première instance d'Orléans, pour voir dire qu'elle serait tenue, conformément à la transaction du 18 mai 1786, de demolir le Moulin. La dame Morin cita en garantie la dame Depinay; et celle-ci fit assigner en arrière-garantie le sieur Delespine, qui, de son coté, mit en cause le préfet du département du Loiret.

Le 29 thermidor an 10, jugement par lequel.

« Vu l'arrêté des consuls du 13 brumaire an 10, relatif aux conflits d'attribution; l'art. 4 de la loi du 28 pluviose an 8, et l'arrêté du préfet du département du Loiret, du 23 ventôse an 10;

» Considérant qu'il résulte du procès-verbal d'adjudication du 11 mars 1793, que Charles Delespine a acquis la maison dite *la commanderie de Boigny*, la rivière et une partie du mur, la ferme, la basse-cour, bâtimens, terres, maison du Moulin, etc.; qu'il est constant en principe que tout propriétaire a le droit de faire sur sa propriété toute construction, en tant qu'elle ne nuirait pas à autrui;

» Que les instances doivent être jugées de la manière dont elles ont été introduites; que les conclusions du citoyen Legrand de Melleray, sur lesquelles le tribunal a à statuer, ont pour but 1°. l'exécution de la part de la dame Morin, de la transaction du 18 mars 1786....; 2°. la demolition du Moulin à eau de Boigny, en conséquence de l'art. 2 de ladite transaction;

» Que l'instance dirigée par ledit cit. Legrand, a conséquemment pour objet de restreindre l'effet du droit de la proprieté résul-

tant de l'adjudication susdatée, en vertu d'une transaction dont cette adjudication ne fait pas mention; qu'elle présente une question qui frappe essentiellement sur la substance de ladite adjudication, puisque, sans cette transaction et par force du droit de son adjudication, l'adjudicataire aurait incontestablement le droit de faire construire un Moulin dans la portion de rivière qui lui a été concédée. s'il était démontré que cette construction ne préjudicie pas à autrui;

» Le tribunal se déclare incompétent, et renvoie le cit. Legrand de Melleray à se pourvoir devant le préfet du département du Loiret ».

Le sieur Legrand appelle de ce jugement, et dénonce son appel au préfet.

Le 14 floréal an 12, le conseil de préfecture, qui, en exécution de ce jugement et avant la notification de l'appel du sieur Legrand, était saisi de l'affaire renvoyée devant lui par le tribunal d'Orléans, prend un arrêté par lequel,

« Considérant que, par le jugement du tribunal civil, du 29 thermidor an 10, par lequel ce tribunal s'est déclaré incompétent sur le tout, jugement dont le sieur Delespine n'a pas interjeté appel, le conflit a cessé, et le conseil de préfecture se trouve seul saisi de la demande récursoire du sieur Delespine contre le préfet, nonobstant l'appel du sieur Legrand, qui ne peut avoir pour objet que le jugement du tribunal civil, en tant qu'il se déclare incompétent sur la demande principale;

» Que la demande en garantie du sieur Delespine contre le préfet, ayant pour objet de déterminer l'étendue des droits et des obligations qui résultent de l'acte de vente administratif du 11 mars 1793, cette demande fait essentiellement partie du contentieux des domaines nationaux, attribué aux conseils de préfecture par la loi du 28 pluviôse an 8;

» Que cette disposition, appliquée aux seules difficultés administratives, ne dépouille pas les tribunaux du droit de connaître des actes postérieurs passés de particulier à particulier, relativement à des biens d'origine nationale, suivant les propres expressions de l'arrêté des consuls, du 5 fructidor an 9;

» Qu'ainsi, le conseil de préfecture est incompétent pour connaître de la demande originelle du sieur Legrand, ainsi que des demandes récursoires de Morin et son épouse contre Dépinay et son épouse, et de ceux-ci contre Delespine, toutes lesquelles demandes sont derivées d'actes postérieurs passés de particulier à particulier;

» Que la demande originaire est la destruction d'un Moulin reconstruit sur la rivière de Bionne, depuis l'adjudication du 11 mars 1793, et la jouissance de cette rivière;

» Considérant que la rivière de Bionne n'est annoncée dans l'adjudication du 11 mars 1793, que comme limite de l'objet vendu; que le sieur Delespine a seulement acquis *la maison du Moulin*, et non pas un Moulin qui n'existait pas alors; et que les réclamations du sieur Legrand ne portent que sur des innovations qui sont du fait propre du sieur Delespine ou de ses successeurs, dont la république n'est pas garante;

» Ayant égard au renvoi prononcé par le jugement du 29 thermidor an 10, seulement en ce qui concerne la demande récursoire du sieur Delespine contre le préfet, et statuant seulement sur cette demande, déclare qu'il n'y a pas lieu, de la part du préfet, de prendre le fait et cause du sieur Delespine;

» Déboute le sieur Delespine de sa demande en garantie, et se déclare incompétent pour connaître tant de la demande originaire, que des autres demandes récursoires;

» Arrête que, sur l'assignation donnée au préfet pour procéder sur l'appel, le commissaire du gouvernement près le tribunal d'appel est invité à requérir la mise hors de cause du préfet, attendu qu'il est sans intérêt ».

Le 5 prairial an 12, arrêt de la cour d'appel d'Orléans, qui met le préfet hors de cause, et continue l'audience au 29 messidor suivant, avec les autres parties.

Et le 1er. thermidor de la même année, second arrêt qui infirme le jugement du tribunal de première instance, en ce qu'il s'est déclaré incompétent; faisant droit au principal, ordonne que la transaction du 18 mai 1786 sera exécutée, et qu'en conséquence le Moulin sera démoli; condamne la dame Dépinay à garantir la dame Morin, et le sieur Delespine à garantir la dame Dépinay.

Le sieur Delespine se pourvoit en cassation contre ce dernier arrêt, et propose cinq moyens:

1o. Contravention à l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an 8 et à l'art. 1er. de l'arrêté du gouvernement, du 13 brumaire an 10, relatif aux conflits d'attribution;

2o. Violation de l'art. 16 du tit. 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, concernant la police rurale;

3o. Infraction des lois qui établissent deux degrés de juridiction en matière civile, et de la défense faite aux tribunaux d'appel par la

loi du 3 brumaire an 2, de connaître des demandes sur lesquelles il n'a point été statué en première instance;

4°. Contravention aux lois qui ont aboli les justices seigneuriales et leurs effets;

5°. Violation de la loi du contrat.

« Le premier de ces moyens (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 6 thermidor an 13) tend à établir que le tribunal de première instance avait bien jugé, en se déclarant incompétent sur toutes les demandes portées devant lui; et que la cour d'appel, en infirmant son jugement à l'égard de la demande principale du sieur Legrand, de la demande récursoire de la dame Morin contre la dame Depinay, et de l'action en arrière garantie de la dame Dépinay contre le sieur Delespine, a entrepris sur les attributions de l'autorité administrative.

» Tout cela serait parfaitement exact, si le sieur Legrand eût, ou attaqué la vente faite au sieur Delespine, le 11 mars 1793, par l'administration du district d'Orléans, ou prétendu faire interpréter les clauses de cette vente dans un sens favorable à sa demande en démolition du Moulin reconstruit par l'acquéreur direct de la nation. Car il est bien constant, et c'est une vérité justifiée, tant par l'arrêté du directoire exécutif, du 2 nivose an 6, que par celui du gouvernement consulaire, du 5 fructidor an 9, qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative, soit d'annuler, soit d'interpréter les adjudications de domaines nationaux.

» Mais le sieur Legrand ne demandait au tribunal de première instance, ni l'annullation ni l'interprétation de la vente dont il s'agit: il ne demandait que l'exécution de la transaction du 18 mai 1786; et, fondé sur ce titre, qui liait incontestablement la nation et ses ayant-cause, comme il avait lié l'ordre de Saint-Lazare, auquel la nation avait succédé, il disait au sieur Delespine: « vous avez reconstruit un Moulin dont la transaction du 18 mai 1786 avait prescrit la démolition; vous avez donc contrevenu aux engagemens que cette transaction vous imposait. Je suis donc en droit de demander que votre contravention soit réprimée, et que le Moulin soit démoli, sauf votre action recursoire contre la nation, si effectivement la nation vous a vendu le droit de le faire rebâtir; question qui m'est absolument étrangère, et que vous ne pouvez faire juger qu'administrativement ».

» A la vérité, le sieur Delespine pouvait répondre: *Si j'ai acquis de la nation, comme je le prétends, le droit de rebâtir le Moulin, ce droit m'appartient incommutablement et je ne puis en être dépouillé sous le prétexte de la transaction du 18 mai 1786; ainsi le veut l'art. 94 de la constitution de l'an 8, qui ne vous laisse qu'une action en indemnité contre le trésor public. Il faut donc qu'avant tout, l'autorité administrative décide si le droit de rebâtir le Moulin est ou n'est pas compris dans mon acquisition.*

» Mais d'une part, le sieur Delespine n'a pas fait cette réponse devant le tribunal de première instance; il a, au contraire, reconnu la compétence de ce tribunal; il a plaidé au fond devant lui; et c'est d'office, ou ce qui revient au même, c'est sur les seules réquisitions du ministère public, que ce tribunal s'est déclaré incompétent.

» D'un autre côté, en raisonnant comme nous venons de dire que le sieur Delespine eût pu le faire, le tribunal de première instance n'aurait pas dû se déclarer incompétent; il aurait seulement dû surseoir à statuer, tant sur la demande principale du sieur Legrand, que sur les demandes récursoires des dames Morin et Dépinay, jusqu'à ce qu'il eût été décidé par l'autorité administrative, si la nation avait vendu au sieur Delespine le droit de reconstruire le Moulin; manière de prononcer bien différente de celle qu'il a adoptée, et par laquelle il a déclaré absolue une incompétence qui n'était qu'hypothétique.

» Le sieur Legrand était donc bien fondé dans l'appel qu'il avait interjeté du jugement de ce tribunal; ce jugement a donc dû être, comme il l'a été, réformé par la cour d'appel.

» Et il est fort indifférent, qu'aux termes de l'art. 16 du tit. 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, l'autorité administrative soit seule compétente pour fixer la hauteur des eaux qui font tourner les Moulins et les autres usines.

» Cet article, que le demandeur vous cite comme fondement de son deuxième moyen de cassation, ne s'applique, sous aucun rapport, à l'espèce actuelle. Son seul objet est de régler la police des eaux, pour les cas où il n'existe point de titres particuliers qui en déterminent l'usage entre telles et telles personnes; il est absolument étranger aux contestations élevées entre de simples citoyens, et qui ont leur source dans des titres spéciaux.

» Mais ici se présente le troisième moyen du demandeur. La cour d'appel a-t-elle pu, en réformant le jugement de première instance, statuer elle-même sur le fond?

» Pourquoi n'aurait-elle pas pu y statuer? Serait-ce à raison de l'obstacle momentané

qui existait devant les premiers juges, à ce que le fond fût décidé par eux? Serait-ce parceque les premiers juges n'y avaient pas statué eux-mêmes?

» Mais 1°. l'obstacle qui eût pu empêcher les premiers juges de prononcer sur le fond, n'existait plus devant la cour d'appel. Avant que la cause fût portée à l'audience de la cour d'appel, le conseil de préfecture du département du Loiret avait pris un arrêté par lequel il avait déclaré formellement que la nation n'avait vendu au sieur Delespine, ni la rivière de Bionne, ni le droit de rebâtir, sur cette rivière, le Moulin précédemment démoli en vertu de la transaction du 18 mai 1786. Et il n'importe que cet arrêt fût susceptible d'être attaqué par un recours au gouvernement. D'abord, rien ne prouve que le sieur Delespine ait déclaré devant la cour d'appel, qu'il entendait se pourvoir auprès du gouvernement contre cet arrêté. Ensuite, cette déclaration, quand il l'eût faite devant la cour d'Orléans, n'aurait pas eu d'effet suspensif: l'effet suspensif n'appartient qu'à l'appel des jugemens; il n'est écrit nulle part qu'on puisse suspendre l'exécution d'un acte administratif, par la seule déclaration du dessein où l'on est d'en demander l'annullation au gouvernement: enfin, l'effet de l'arrêté du conseil de préfecture a été entièrement consommé par l'arrêt de la cour d'appel, du 3 prairial an 12, qui a mis le préfet hors de cause; et cet arrêt n'est pas attaqué par le sieur Delespine. Ainsi, sous aucun rapport, il ne pouvait exister, du côté de l'autorité administrative, aucun obstacle à ce que la cour d'appel statuât au fond.

» 2°. La loi du 3 brumaire an 2 ne dit pas, comme le suppose le sieur Delespine, que les tribunaux d'appel ne peuvent prononcer que sur les demandes *jugées* par les tribunaux de première instance; elle dit seulement, et ce sont ses propres termes, qu'en *cause d'appel, les juges ne pourront prononcer que sur les demandes* FORMÉES *devant les premiers juges*. Il suffit donc qu'une demande ait été *formée* en première instance, pour que les tribunaux d'appel puissent y statuer, quoique les premiers juges se soient abstenus ou aient refusé de le faire.

» Or, dans notre espèce, le sieur Legrand avait *formé*, devant les premiers juges, sa demande en démolition du Moulin. La dame Morin avait *formé* devant les premiers juges, sa demande en garantie contre la dame Dépinay. La dame Dépinay avait *formé* devant les premiers juges, sa demande en arrière-garantie contre le sieur Delespine. Il n'y a donc pas une seule des demandes sur lesquelles a statué la cour d'appel, qui n'eût été soumise au tribunal de première instance. La cour d'appel a donc pu statuer sur toutes ces demandes, du moment qu'elle a jugé et pu juger que le tribunal de première instance s'était mal à propos déclaré absolument incompétent pour en connaître.

» Sans doute, la cour d'appel eût dû renvoyer toutes ces demandes au tribunal de première instance, si celui-ci s'était borné à surseoir au jugement jusqu'à la décision de l'autorité administrative, sur le sens et l'étendue des clauses de l'adjudication du 11 mars 1793. Mais, nous l'avons déjà dit, le tribunal de première instance ne s'était pas renfermé dans un simple sursis de cette nature; il avait proclamé son incompétence en termes absolus; et par-là, il avait inféré aux parties un grief qui les investissait chacune du droit de ne plus reconnaître sa juridiction. Il fallait donc bien que la cour d'appel prononçât elle-même; et si elle ne l'eût pas fait, si elle eût renvoyé les parties devant les premiers juges, elle aurait donné aux parties un degré de juridiction de plus qu'elles ne devaient avoir: elle aurait violé la loi même à laquelle on l'accuse si indiscrètement d'avoir contrevenu.

» Qu'on ne dise pas, au reste, que les tribunaux d'appel ne peuvent pas juger le fond, lorsque les premiers juges se sont déclarés incompétens pour en connaître. Il en est des jugemens par lesquels les premiers juges se déclarent mal à propos incompétens, comme des jugemens par lesquels, sous tout autre prétexte, les premiers juges s'abstiennent, sans raison légitime, de prononcer sur le fond; et dans tous les cas, les tribunaux d'appel doivent, en faisant ce que les premiers juges auraient dû faire, statuer eux-mêmes sur le fond que ceux-ci auraient dû juger.

» Il est vrai que, si le fond n'a pas été plaidé devant les premiers juges, les tribunaux d'appel ne peuvent pas y faire droit. Cela dérive du texte même de la loi du 3 brumaire an 2, et c'est sur ce fondement, que, par un arrêt du 21 brumaire an 10, entre Étienne Mauget et Jean Vauvasin, la cour a cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris, qui avait jugé le fond d'une cause dont le tribunal de commerce de la même ville s'était abstenu par un jugement d'incompétence, sans que les parties eusseut plaidé devant lui au principal. C'est sur ce fondement que, par un autre arrêt du 11 ventôse de la même année, entre le sieur Cabarus et le sieur Gendre, la cour a cassé un jugement semblable du tribunal civil du département des Hautes-Pyrénées. C'est sur ce fondement que, par un

troisième arrêt du 28 nivose an 11, la cour a encore jugé de même, en cassant un jugement du tribunal de premiere instance du département de la Seine, rendu sur l'appel d'un jugement d'incompétence émané d'un tribunal de paix de Paris.

» Mais lorsque le fond a été plaidé devant les premiers juges, et que les premiers juges se sont mal à propos déclarés incompétens d'en connaître, non-seulement les tribunaux d'appel peuvent, mais ils doivent, en réformant les jugemens qui leur sont déférés, statuer eux-mêmes sur le fond, comme les premiers juges eussent dû le faire. C'est ce que la cour a décidé, le 26 vendémiaire an 8, sur le réquisitoire d'un de nos prédécesseurs, le 13 nivose an 10, entre les sieurs Brouchoven et Barthélemy; et le 2 ventose an 11, entre les sieurs Borchgrave et Vanstraeten (1).

» Tout se réunit donc pour faire proscrire le troisième moyen de cassation du demandeur.

» Quant au quatrième, vous le connaissez: il consiste à dire que, par la transaction du 18 mai 1786, l'ordre de Saint-Lazare ne s'est obligé à détruire son Moulin et à ne jamais le reconstruire, que parceque le sieur Legrand était seigneur haut-justicier de la terre de Bretanche, et pour qu'il pût jouir du droit de pêche, que cette qualité lui donnait, sur une partie de la rivière de Bionne; qu'aujourd'hui le sieur Legrand n'a plus ni haute justice ni droit de pêche exclusif; que l'une a été abolie, et l'autre rendu commun à tous les propriétaires riverains; qu'il n'a donc plus ni titre ni qualité pour empêcher le rétablissement du Moulin; que la cour d'appel d'Orléans a donc fait revivre, en accueillant son opposition, des droits abolis par la toute-puissance nationale.

» Sur ce raisonnement, nous observerons d'abord que le demandeur fait dire à la transaction de 1786, ce qu'elle ne dit réellement pas. L'art. 2 de cette transaction contient deux dispositions qu'il ne faut pas confondre. Par la première, pour prix du désistement donné par le sieur Legrand, de sa demande en rétablissement du cours d'eau *des Esses*, dans son ancien lit, l'ordre de Saint-Lazare consent à supprimer le Moulin de Boigny, et s'interdit la faculté de le reconstruire. Par la seconde, l'ordre s'astreint, comme nouvelle condition du même désistement, à ne pouvoir retenir les eaux, par une vanne, qu'à la hauteur de vingt pouces au-dessus du fond solide; à ne pouvoir élever sur cette vanne qu'une grille de six pouces, dont les barreaux aient au moins dix-huit lignes de distance entre eux; et il est dit expressément que ces *proportions et élévations seront ainsi fixées, afin que le sieur Melleray, seigneur haut-justicier de ladite rivière, au-dessous du pont de Boigny, ne puisse être privé d'une partie du poisson que la rupture des étangs supérieurs a coutume d'entrainer.*

» Ainsi, c'est bien comme seigneur haut-justicier et pour assurer l'exercice effectif de son droit de pêche dans la rivière, au-dessous du pont de Boigny, que le sieur Legrand stipule la fixation de la hauteur et des proportions que ne pourront excéder la vanne et la grille dont l'établissement est permis à l'ordre de Saint-Lazare; mais c'est comme simple particulier, qu'il stipule la démolition du Moulin et la défense de le reconstruire. La démolition du Moulin et la défense de le reconstruire n'ont donc rien de commun, soit avec la haute-justice, du sieur Legrand, soit avec le droit de pêche qui en est la suite. Le sieur Legrand n'a donc pas perdu, par l'abolition de sa haute-justice, le droit d'empêcher la reconstruction du Moulin.

» On demandera sans doute quel intérêt le sieur Legrand pouvait avoir, comme simple particulier, à ce que le Moulin fût supprimé, et à ce que la reconstruction en fût interdite à l'avenir.

» La transaction ne nous apprend rien à cet égard; mais la chose est facile à concevoir. Le sieur Legrand pouvait avoir, et il avait vraisemblablement des propriétés le long de la rivière de Bionne, et dans la partie inférieure au Moulin. Il lui importait donc, sous ce rapport, que le Moulin fut supprimé; car il ne pouvait pas exister de Moulin dans une aussi faible riviere, sans qu'il en résultât chaque jour une longue retenue des eaux; sans que, par-là, le lit inférieur de la rivière demeurât chaque jour à sec pendant un temps considérable: et par conséquent, sans que les propriétés riveraines en souffrissent beaucoup. Ajoutons que, comme propriétaire riverain, le sieur Legrand pouvait avoir en vue de construire lui-même un Moulin dans la partie inférieure de la rivière; et que, dès-lors, il était fort intéressant pour lui que le Moulin existant dans la partie supérieure, fût démoli. Enfin une chose bien constante, c'est que le sieur Legrand ne pouvait pas, comme haut-justicier de la partie inférieure, empêcher la construction d'un Moulin dans la partie su-

(1) Sur toutes les branches de cette question de procédure que je n'ai traitée dans ces conclusions que d'après la loi du 3 brumaire an 2, *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Appel*, §. 14, art. 1, n°. 9.

périeure, qui ne relevait pas de lui; et cela posé, il est clair que ce n'est pas comme haut-justicier que le droit d'empêcher cette construction lui a été accordé par la transaction de 1786.

» Qu'importe, au surplus, que sa qualité de seigneur haut-justicier de la partie inférieure, soit désignée dans la transaction, comme le fondement du droit qu'elle lui attribue d'empêcher que les eaux ne soient retenues à une hauteur excédant vingt pouces? Encore une fois, ce droit est tout-à-fait distinct, même aux termes de la transaction, de celui d'empêcher le rétablissement du Moulin, et cela seul suffit pour que l'on ne puisse pas raisonnablement argumenter de l'un à l'autre. D'ailleurs, si, comme tout porte à le croire, le sieur Legrand a des propriétés le long de la rivière et de sa partie inférieure, ne pourrait-il pas encore aujourd'hui, en sa seule qualité de propriétaire riverain, demander l'exécution de l'article de la transaction qui détermine la hauteur à laquelle les eaux pourront être retenues? Et quelle raison pourrait-on lui opposer à cet égard? La suppression de sa haute justice et de son droit exclusif de pêche? Mais, quoique dépouillé de sa haute justice, quoique privé de son droit exclusif de pêche dans toute la partie de la rivière qui ne borde pas ses propriétés, il a certainement encore le droit de pêche, il l'a même exclusivement à tout autre, dans la partie de la rivière à laquelle ses propriétés sont contigues. Il a donc encore intérêt que tout le poisson de la partie supérieure de la rivière n'y soit pas retenu par des vannes ou grillages élevés au-dessus de la hauteur fixée par la transaction; et dès qu'il y a encore intérêt, on ne voit pas pourquoi cet article de la transaction devrait demeurer pour lui sans effet.

Inutile d'objecter que le motif de cet article a disparu avec sa haute-justice. Il en est des motifs des contrats comme des motifs des lois: une loi n'est pas abrogée par cela seul que le motif exprimé dans son texte est devenu sans objet. Elle conserve sa vigueur, tant que, pour la faire maintenir, on peut alléguer un autre motif dont son texte ne parle pas, mais que la raison avoue. Et de même le sieur Legrand, ayant aujourd'hui, comme propriétaire riverain, le même intérêt qu'il avait en 1786, comme seigneur haut-justicier, d'empêcher la retenue du poisson dans la partie supérieure de la rivière de Bionne, il est évident qu'il peut aujourd'hui exercer en la première qualité, le droit de l'empêcher en effet, qu'il n'a stipulé qu'en la seconde dans la transaction de 1786. Pour qu'il fût aujourd'hui privé de ce droit, il faudrait que ce droit eût été féodal dans son principe; et bien certainement il n'y avait, il ne pouvait même y avoir, en 1786, rien de féodal dans ce droit; puisque, par la transaction de 1786, le sieur Legrand n'est devenu ni le seigneur direct ni le seigneur justicier de l'ordre de Saint-Lazare.

» Pour cinquième et dernier moyen, le demandeur expose que, par l'acte du 9 brumaire an 3, il n'a vendu à la dame Morin que les objets dont il s'était rendu adjudicataire au district d'Orléans, le 11 mars 1793; qu'il n'a pas compris nommément dans la vente, le Moulin dont il est ici question; qu'il ne s'est conséquemment pas rendu garant du droit de conserver et de faire mouvoir ce Moulin; et que, par suite, la cour d'appel d'Orléans n'a pas pu, sans violer la loi du contrat, le condamner à indemniser la dame Morin de la perte de ce droit.

» Nous pourrions nous borner à répondre que le demandeur ne produit pas devant vous, et paraît même n'avoir pas produit devant la cour d'appel d'Orléans, le contrat de vente du 9 brumaire an 3. Mais allons plus loin, supposons qu'en effet, par ce contrat, le demandeur n'a pas énoncé nommément le Moulin au nombre des objets qu'il vendait à la dame Morin, et voyons si, dans cette hypothèse, la dame Morin ne doit pas être indemnisée par le demandeur, de l'éviction qu'elle éprouve relativement au Moulin.

» Le demandeur a reconnu lui-même, devant la cour d'appel d'Orléans, qu'immédiatement après son adjudication du 11 mars 1793, il avait reconstruit le Moulin sur ses anciennes fondations; et que cette usine était en pleine activité, au moment où il avait vendu à la dame Morin le domaine dont elle faisait partie.

» La dame Morin a donc dû compter le Moulin au nombre des objets de son acquisition; et ce qui le prouve avec la plus grande évidence, c'est que, si le demandeur avait prétendu, après la vente, faire démolir le Moulin et s'en approprier les matériaux, sa prétention eût été indubitablement condamnée.

» D'après cela, comment le demandeur pourrait-il se soustraire à la garantie de la légitime existence de ce Moulin? Il n'a pas, dit-il, promis spécifiquement cette garantie? Non, mais la loi l'a promise pour lui; et pour qu'il en fût à couvert, il ne suffirait pas que son contrat fût muet à cet égard; il faudrait encore que son contrat l'en déchargeât expressément.

» Mais, dit le demandeur, quelle raison y

aurait-il de m'obliger à garantir la dame Morin, tandis que la nation ne me garantit pas moi-même? Quelle raison? Il y en a une très-simple.

» La nation ne garantit pas le demandeur, parcequ'elle ne lui a vendu le domaine de la ci-devant commanderie de Boigny, que dans l'état où il se trouvait à l'époque de l'adjudication, et qu'alors le Moulin n'existait pas. Le demandeur, au contraire, doit garantir la dame Morin, parcequ'en lui vendant le 9 brumaire an 3, le domaine qu'il avait acheté de la nation en 1793, il le lui a nécessairement vendu, non tel qu'il était en 1793, mais tel qu'il était le 9 brumaire an 3; parceque le 9 brumaire an 3, ce domaine était enrichi d'un Moulin qui lui manquait en 1793, et qui par conséquent élevait le revenu de ce domaine à un taux auquel n'atteignait pas en 1793 son produit annuel; en un mot, parceque la reconstruction du Moulin était un fait étranger à la nation, et personnel au demandeur.

» Mais, dit encore le demandeur, par mon contrat de vente du 9 brumaire an 3, j'ai chargé la dame Morin de toutes les servitudes dont pouvait être grevé le domaine que je lui vendais; je l'ai donc chargée de la servitude qu'avait imposée à ce domaine la transaction du 18 mai 1786. Deux réponses.

» 1°. Le demandeur ne produit pas son contrat de vente, et dès-là, impossibilité d'apprécier le raisonnement qu'il base sur ce contrat.

» 2°. En supposant que le contrat de vente du 9 brumaire an 3 contienne réellement la clause alléguée par le demandeur, il restera à dire que cette clause ne peut s'entendre que des servitudes dont la non existence n'était pas attestée par le demandeur lui même, et que telle n'était certainement pas celle dont la transaction de 1786 avait grevé son domaine. En effet, le demandeur, en rétablissant le Moulin, dont la transaction de 1786 avait ordonné la démolition, avait annoncé ouvertement, ou qu'il ne connaissait pas cette transaction, ou qu'il la regardait comme sans force à son égard. Il avait donc fait tout ce qui était en lui pour persuader à la dame Morin que la servitude établie par cette transaction, n'existait pas. Ce serait donc de sa part un véritable dol, que de prétendre se soustraire à la garantie de cette servitude, sous le prétexte qu'il aurait chargé la dame Morin de toutes les servitudes dont pouvait être tenu le domaine qu'il lui vendait.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur, et de le condamner à l'amende ».

Arrêt du 6 thermidor an 13, au rapport de M. Henrion qui,

« Attendu qu'il ne s'agissait ni d'interpréter ni d'expliquer l'acte d'adjudication du domaine de Boigny; qu'en conséquence, le conseil de préfecture avait décidé que la question n'était pas administrative; enfin, qu'il n'existe pas de conflit; que l'art. 12 du tit. 2 de la loi du 28 septembre 1791 ne soumet à l'autorité administrative que la police des eaux; que, dans l'espèce, il ne s'agit pas d'un simple fait de police, mais d'un droit de propriété, réglé par une transaction; que les parties avaient défendu au fond devant le tribunal de première instance;

» Attendu que dans la transaction de 1786, Legrand, quoique qualifié seigneur, ne stipule néanmoins que comme propriétaire; que Delespine n'a pas produit l'acte par lequel il a vendu à Dépinay; que d'ailleurs il suffisait que le Moulin existât pour que l'acquéreur fût fondé à croire qu'il en jouissait, et pour que sa valeur fût entrée dans le calcul du prix;

» Rejette le pourvoi...... ».]]

§. IX. *De la police intérieure des Moulins.*

L'art. 6 de l'ordonnance du 17 septembre 1439 enjoint aux meuniers de se contenter de ce qui leur est dû, à peine d'amende arbitraire. La même ordonnance veut que ceux qui auront connaissance de quelques délits de leur part, les dénoncent à la justice, et leur accorde le tiers des amendes.

L'art. 1 de la même ordonnance, conforme à celle du roi Jean, de l'an 1350, porte que les meuniers auront des balances pour peser les grains qu'on leur portera, et les farines qu'ils rendront.

Un arrêt de réglement du parlement de Bretagne, de l'an 1631, contient la même disposition et défend en outre aux meuniers tant de changer les grains que de mettre les farines dans des lieux humides.

[Cet arrêt a été renouvelé par un autre du 30 décembre 1705.

Il y en a un plus récent (du 9 février 1735), par lequel la même cour, « faisant droit sur » les conclusions du procureur général du roi, » enjoint aux meuniers de la terre et seigneu» rie d'Artois, d'avoir des poids et balances » dans leurs Moulins, pour peser les grains » qui leur seront portés à moudre; ordonne » pareillement que lesdits Moulins seront mis » en état pour moudre toutes sortes de grains, » s'ils ne le sont ».]

Pourquoi des réglemens aussi sages ne sont-ils pas universellement exécutés?

Suivant la coutume de Nivernais, « les meu- » niers peuvent faire mesurer en leur présen- » ce, les blés qui leur seront portés à moudre; » ou autrement, ils seront tenus de rendre tel » nombre de boisseaux de blé que ceux qui » l'auront porté, affirmeront, s'ils sont gens de » bonne renommée; et à ce, seront contraints » lesdits meuniers par détention de leurs bê- » tes, etc. ».

Par une autre dispositiou de la même coutume, « le seigneur banier est tenu de tenir » son Moulin en point rond et bien clos ».

[L'art. 35 du tit. 1 de la coutume de Poitou porte qu'il « doit y avoir dans chaque Moulin » des mesures étalonnées sur la mesure étant » en l'hotel de ville ou siége royal, ou du seig- » neur qui a droit de mesure ».

Il existe encore, sur cette matière, un réglement de police qui a été fait pour la ville d'Angoulême, le 9 janvier 1724, et qui a été homologué au parlement de Paris, le 23 mai suivant.

Il oblige d'abord les meuniers de tenir leurs Moulins au point rond. Cette regle, qui intéresse tout le public, est tirée, comme on vient de le voir, de la coutume de Nivernais; et on la retrouve encore dans l'art. 3 de celle de Poitou, dans l'art. 11 du tit. 1 de Loudunois, etc.

Il enjoint ensuite *aux meuniers de faire moudre les grains au fur et à mesure qu'ils leur seront delivrés, avec défenses de prendre argent, ni autre chose pour anticiper le dernier venu, et changer le blé qui leur aura été mis entre les mains pour faire moudre, à peine de 20 livres d'amende et de punition corporelle.*

Le même réglement enjoint *aux meuniers de rendre la farine bien moulue, sans y mêler ni ajouter aucun autre son d'ailleurs; et de chaque boisseau au ras de grains d'en rendre un boisseau comble de farine, ou le boisseau ras de la même farine bien écachée et pressée avec les deux mains mises en croix.*

Les maitres et maitresses, les domestiques, les servantes, sont autorisés par ce réglement, « à faire mesurer les grains et farines : ils sont » crussur leur serment, lorsqu'ils se plaignent » qu'il manque quelque chose à la quantité de » blé qu'ils ont fournie. Les meuniers peuvent » prendre le blé au poids, et rendre le même » poids de farine après en avoir prélevé la » seizième partie, qui leur est accordée pour » droit de mouture. *Les particuliers peuvent » obliger les meuniers de prendre leur blé au » poids, et y rendre la farine à peine de 50 » livres d'amende contre les meuniers contre- » venans* ».

Enfin, *il est aussi défendu aux meuniers de tremper la farine, lorsqu'ils ont pris le blé au poids, ni d'y mettre aucun sable, pierre, cendres, ou autres choses, à peine de 100 livres d'amende et de punition corporelle.*

« Quoique ce réglement (dit Souchet, sur » l'art. 29 de la coutume d'Angoumois) ne » paraisse fait que pour la ville, faubourg et » banlieue d'Angoulême, il doit être exécuté » dans toute la province d'Angoulême. Le pu- » blic a partout le même intérêt. Dès que les » abus et les dangers sont les mêmes, on doit » partout se conformer à une loi faite pour » les prévenir ».

Le parlement de Normandie a mis dans tous les temps beaucoup d'attention à maintenir les régles auxquelles les meuniers sont assujétis. Par un ancien arrêt de cette cour, de 1603, ils étaient obligés d'avoir dans leurs Moulins des brancards, des poids, des boisseaux, des quartes et des demi-quartes pour serrer et mesurer les grains et la farine des baniers. Ce réglement avait été renouvelé par un autre de 1662; mais un arrêt du premier octobre 1724 en a beaucoup étendu les dispositions. Après avoir puni du fouet, de la marque et du bannissement, un meunier qui avait commis un grand nombre d'exactions et de friponneries sur les vassaux de la seigneurie de Saint-Firmin, faisant droit sur les plus amples conclusions du procureur général, il fait défenses à *tous meuniers d'avoir aucune porte ni croisée de leurs chambres ou appartemens, ni ouvertures particulières pour entrer et avoir communication à la trémie de leurs Moulins : et ordonne qu'il y aura dans chaque Moulin un brancard placé avec des poids et mesures nécessaires, bien et dûment jaugés, pour y peser et mesurer les grains qui y seront apportés pour moudre, et ensuite les farines en provenantes, lorsqu'ils en seront requis, à peine de 200 livres d'amende.*

Au surplus. *V.* l'article *Meunier.*]

§. X. *De la réparation des Moulins communs à plusieurs propriétaires.*

Comme la réparation des Moulins est un objet important et toujours urgent, et que la négligence ou la mauvaise humeur de l'un des co-propriétaires, lorsque le Moulin appartient à plusieurs, pourrait y mettre obstacle, quelques coutumes ont cru devoir s'occuper de cet objet. Rien de plus sage, et en même temps de plus clair que leurs dispositions;

elles n'ont besoin ni d'interprétation, ni de commentaire. En conséquence, nous nous contenterons d'en transcrire les textes.

Bretagne, tit. 18, art. 374. « Quand Moulin qui est en communauté et société entre » plusieurs, est ruineux, et aucun d'eux le » veut refaire, il doit requérir les autres con» sorts d'aider à le refaire à l'équipollent de ce » que chacun doit prendre; et la requête faite » dûment, à faute desdits consorts d'y con» tribuer, celui qui les a ainsi requis, peut » faire les édifices dudit Moulin; et ne pren» dront lesdits consorts aucune chose au pro» fit dudit Moulin, jusqu'à ce qu'ils aient payé » et rendu leur contingente portion desdits » édifices: et néanmoins demeureront les mou» lans audit Moulin du détroit d'icelui, » comme ils avaient accoutumé, sans qu'au» cun desdits consorts puisse faire autre Mou» lin pour les y attraire. Nonobstant le défaut » desdits consorts d'avoir contribué comme » dessus en rendant et payant par eux ce » qu'il appartiendra pour leur portion coutin» gente, ils prendront audit Moulin réédifié » au temps à venir depuis ledit rembourse» ment, et non du temps précédent, et ne se» ront tenus rendre, fors le prix que les édi» fices vaudront au temps d'icelui rembour» sement; et le semblable sera observé en » tous autres édifices qui seront en commu» nauté ».

Anjou, tit 1, art. 21. « Quand Moulin est » commun ou personnier entre deux ou plu» sieurs personniers, et il y faut meule, roue, » rouelle, ou autre réparation ou réfection » nécessaire, par quoi il ne puisse moudre, » l'un des personniers peut sommer l'autre de » contribuer à la réparation du Moulin, et » ladite sommation faite, s'il ne veut ou s'il » dilaie, l'autre personnier le peut faire ré» parer, et prendra et fera siens tous les pro» fits du Moulin, jusqu'à ce que l'autre per» sonnier ait payé sa part de la réparation. » Mais s'il le faisait réparer sans le sommer, » l'autre personnier payerait sa part de la ré» paration, et aurait sa part de ce que le « Moulin aurait gagné ».

Maine, tit. 2, art. 20. Même disposition conçue dans les mêmes termes.

Bayonne, tit. 23, art. 4. « S'il est nécessaire de réparer aucun Moulin commun à plusieurs, celui qui veut faire la réparation doit requérir les autres consorts, que chacun contribue à ladite réparation pour sa quote-part et portion.

» 5. Et en cas de refus, le requérant peut faire la réparation; et icelle faite, sommer les autres consorts, s'ils sont en la ville, de voir, ouïr et arrêter les comptes de ses fournitures.

» 6. Et si lesdits consorts refusent ou dilaient, ou ne sont en la ville de Bayonne, celui qui a réparé, doit faire arrêter le compte avec deux autres personnages députés par le maire ou son lieutenant, lequel arrêté et laissé devers eux, il se paye par ses mains de la somme qu'il a fournie ès dites réparations, de fruits provenans des Moulins; et prend la conque de froment en paiement, huit deniers meilleur marché qu'il ne se vend au marché ».

[Il y a sur le même objet un arrêt remarquable qui a été rendu au parlement de Toulouse, le 27 mars 1597, et que rapporte La Roche flavin, *Traité des droits seigneuriaux*, chap. 17, art. 8. Il ordonne « que, dans un » mois, les propriétaires du Moulin de Bara» cle remettront entre les mains du syndic et » régent de ce Moulin, la somme de 150 écus, » ensemble les arrérages de 20 écus, imposés » pour faire la réparation et réédification né» cessaires audit Moulin; autrement, et à » faute de ce faire, ledit temps passé, permis » au syndic de faire vendre les parts des pro» priétaires, sur une simple proclamation qui » en sera faite aux prônes des églises, et ce » à raison de 150 écus pour chacun; desquelles » sommes les acquéreurs seront remboursés, par » avant que de pouvoir être dépossédés, par » le rachat des propriétaires, et de l'intérêt » de sommes, à raison du denier douze, de» puis le jour de leur achat jusqu'à la répara» tion parfaite, après lequel temps les revenus » et profits des Moulins tiendront lieu d'inté» rêt, à la charge que les acquéreurs payeront » toutes charges ordinaires et extraordinaires, » pendant qu'ils jouiront; le temps du rachat » courra contre les propriétaires du Moulin, » du jour de la réparation entièrement par» faite, jusqu'à trente ans, nonobstant mino» rité, ou autre privilége ».]

[[Tous ces réglemens locaux sont abrogés par l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12, et les Moulins communs à plusieurs propriétaires, sont partout soumis, pour les réparations dont ils ont besoin, aux mêmes règles que les autres bâtimens indivis.]]

§. XI. *Le propriétaire du Moulin inférieur peut-il arbitrairement exhausser ses empèlemens et écluses?*

La première de ces questions renaît souvent, et donne lieu à des difficultés très-dispendieuses, par les descentes sur les lieux et les rapports d'experts qu'elle nécessite; elle mérite par conséquent d'être approfondie.

Les lois romaines ne contiennent aucune loi spécialement relative aux Moulins à blé; les réglemens qu'elles renferment, ne concernent que les cours d'eau, et ne parlent point de ce qui peut avoir rapport aux Moulins. La loi 3, D. *de aquâ et aquæ pluviæ arcendæ*, fait bien mention de la machine avec laquelle on foulait les étoffes; mais cette machine, désignée par le mot *fullonica*, n'était sûrement pas construite comme le sont aujourd'hui nos Moulins à foulon; et encore n'en est il question dans la loi citée, que relativement aux propriétaires des terrains d'où sortait l'eau qui faisait mouvoir ces machines.

Il faut donc, sur cette question, avoir recours aux jurisconsultes modernes.

Beaucoup de ces auteurs ont d'abord parn vouloir l'agiter; la plupart se sont bornés à l'énoncer, et ont fini par la laisser incertaine; d'autres n'ont fait que l'effleurer relativement au droit de banalité. D'autres enfin l'ont traitée assez sérieusement, et c'est sur ceux-ci que nous allons principalement fixer nos regards.

Héringius, *de Molendinis*, ouvrage imprimé à Lyon en 1663, dit, quest. 20, n°. 10, que, si deux propriétaires possédaient chacun un Moulin, et que le reflux de l'eau du Moulin inférieur causât du dommage au Moulin supérieur, il faudrait connaître par les titres si l'inférieur avait ce droit, et qu'à défaut de titres par écrit, il faudrait que le premier propriétaire qui a bâti son Moulin, jouit de son droit comme premier occupant: *superior præveniens sive præoccupans, hoc jure sine dolo uti poterit*.

Si, de l'avis de ce jurisconsulte allemand, on passe à celui des jurisconsultes français, on verra qu'ils sont du même sentiment.

D'abord, Dufail décide précisément que le propriétaire d'un étang « ne peut l'élever de » manière à causer du préjudice au » propriétaire de l'étang supérieur, ni, par des élé» vations non permises, faire refluer l'eau sur » le propriétaire de l'étang supérieur ».

Il rapporte, liv. 2, chap. 171, un arrêt du parlement de Bretagne, du 24 octobre 1562, qui « maintient le propriétaire d'un étang en » possession et saisine de l'étang avec droit de » la retention d'eau, mais cependant à la hau» teur ancienne de la chaussée et avant-bec, » ainsi que les parties ont accontumé respec» tivement en jouir; et, à cette fin, or» donne que le propriétaire de cet étang sera » tenu de mettre, asseoir et entretenir un clou » et boucle de fer au bout d'icelui, entre le » dernier rang ancien et le nouveau par lui » fait, pour faire la restitution d'eau, jusqu'à » la hauteur du rang nouvellement mis, pour » en être délivré acte et procès-verbal aux » parties adverses, si mieux il n'aime démolir » et abattre ce qui a été fait de nouveau à » l'avant-bec, outre et par-dessus de l'an» cienne hauteur, sans préjudice des droits » des parties au pétitoire ».

Cet arrêt, comme l'on voit, déciderait nettement la question, s'il la jugeait au pétitoire; mais du moins forme-t-il un préjugé dans notre espèce, par l'obligation qu'il impose au propriétaire de l'étang, de se réduire par provision à la hauteur ancienne; c'est-à-dire que cet arrêt a jugé que le propriétaire de l'étang ne pouvait l'exhausser au détriment de ses voisins.

Salvaing, *de l'Usage des fiefs*, chap. 63, Collet, *Statuts de Bresse*, liv. 3, sect. 2, art. 12, et de La Marre, *Traité de la police*, tome 3, liv. 5, tit. 40, chap. 8, §. 20, sont du même avis.

Peut-être opposera t on à la doctrine de ces auteurs, qu'elle n'est relative qu'à des étangs, et que les Moulins, vu l'utilité qu'en tire le publie, ne sont pas susceptibles d'une semblable application.

Mais si l'on consulte Bouvot, dans ses *Questions notables jugées au parlement de Dijon*, au mot *Moulin*, quest. 1, on y verra qu'il applique les mêmes principes aux Moulins et aux étangs. Voici, en effet, la question qu'il agite: *Est-il permis à celui qui a un Moulin au-dessous d'un autre, de hausser les graviers et empèlement de son Moulin, au préjudice du Moulin qui est au-dessus?* Il rapporte une espèce qu'on peut vérifier et dit *quid juris*? Ensuite, il ajoute: « a été répondu *qu'il est permis de faire sa condition meilleure, en réparant son fonds; mais non pas en envoyant de l'eau sur son voisin*: il cite la loi *fluminum*, le titre entier *de aquâ et aquæ pluviæ urcendæ*, et il conclut par dire que *les propriétaires des Moulins supérieurs et des prés adjacens sont recevables à faire réduire les graviers et palis au pied qu'ils étaient auparavant et à la forme ancienne*, avec adjudication de dommages et intérets; que c'est ce que dit la loi *si manifestè*, au Code *de servitutibus et aquâ*, qui porte que *Præses provinciæ providebit ne quid contrà veterem formam innovetur* ».

Brodeau, sur Louet, lettre M, §. 17, n°. 9, dit que « celui qui bâtit un Moulin au-des» sus de l'ancien, ne peut retenir l'eau pour la » faire remonter et regorger; ce qui s'appelle » par les jurisconsultes *restagnare, id est*, » *refluere* ».

Pour appuyer son opinion, il invoque un

arrêt du 29 mars 1536, qui jugea qu'en faisant construire un Moulin, il n'était pas permis d'endommager le cours du Moulin supérieur.

Il ne fait que citer la date de cet arrêt, qu'on trouve dans la collection de Levest, §. 70; mais il en rapporte un autre « donné » au rapport de M. Hennequin, entre le roi » de Navarre, comme ayant pris le fait et » cause de Jean Vignon et consorts, et frère » Jacques Senus, par lequel Vignon et con» sorts furent condamnés à remettre à leurs » dépens les vannes d'un Moulin à drap (qu'ils » avaient fait construire) en tel état et de ma» nière qu'elles ne pussent nuire ni préjudi» cier au Moulin à blé de frère Jacques Senus, » ni faire regorger et remonter l'eau sur ce » Moulin, de sorte qu'il ne fût pas empêché » de moudre, et qu'au contraire, il tournât » et virât comme il faisait auparavant ».

Bouchel, dans sa *Bibliothèque du Droit français*, au mot *Moulin*, est encore du même avis, et l'appuie d'un arrêt du 14 août 1559, qui jugea, entre Pierre de Pravedans et Claude de Pravedans, que le *propriétaire du Moulin supérieur ne pouvait être empêché par un autre Moulin construit au-dessous; et que, pour le trouble, la complainte fût déclarée bonne et juste.*

Boucheul, sur la coutume de Poitou, art. 40, et Auroux des Pommiers, sur celle de Bourbonnais, art. 539, adoptent encore cette opinion. Comme les termes dans lesquels ils s'expriment sont à peu près les mêmes, on va seulement copier ceux de Boucheul : « La » construction des nouveaux Moulins bâtis » au-dessous des anciens, préjudicie aux an» ciens Moulins, souvent les incommode en » faisant monter et gonfler l'eau; et, quoique » celui qui a on Moulin ne puisse empêcher » qu'on n'en fasse bâtir un autre plus haut et » plus bas, il faut que ce Moulin nouvelle» ment bâti soit d'une distance légitime, et » tellement placé, qu'il n'incommode point » ses voisins qui auraient Moulins anciens, » quoique non banaux, assis au-dessus ou au» dessous du sien; en sorte que le voisin qui » en serait incommodé, peut s'opposer, comme » pour raison d'un trouble qui lui est fait, et » empêcher la construction de ce nouveau » Moulin, qui empêcherait le sien, premier » édifié, de tourner ».

Si le propriétaire du Moulin ne s'est pas plaint à l'instant même de la construction du nouvel œuvre, s'il a laissé écouler deux ou trois ans, par exemple, sans réclamer, ce laps de temps élève-t-il contre lui une fin de non-recevoir ?

Il serait à souhaiter qu'on pût retrouver une déclaration du 20 mai 1547, donnée à Saint-Germain-en-Laye, et enregistrée au parlement d'Aix, le 20 octobre de la même année, et que Blanchard, dans ses *Compilations chronologiques*, page 606, annonce avoir été rendue, tant pour la restitution du bétail, *que pour la conduite de l'eau des Moulins.*

Comme ce compilateur dit que cette déclaration se trouve dans le *Coutumier général*, tome 2, page 1135, on en a fait la recherche, tant dans l'ancien coutumier de Gabriel Michel Angevin, que dans le coutumier de Richebourg; mais ç'a été en vain.

A défaut donc de cette déclaration, qui pourrait donner de grands éclaircissemens sur la question, il faut avoir recours aux principes généraux et au sentiment des auteurs.

En suivant les principes, il est bien certain que le silence de deux ou trois ans ne peut pas opérer une fin de non-recevoir contre la demande à fin d'obliger les propriétaires des Moulins inférieurs à baisser leur chaussée, et, en détruisant leur nouvel œuvre, à remettre le cours de la rivière à son ancien niveau, parcequ'un laps de temps aussi court ne peut être regardé que comme une tolérance dérivant d'un esprit de paix, duquel le propriétaire n'est sorti que par le tort visible que le nouvel œuvre causait, et qui deviendrait encore bien plus considérable, si l'on n'arrêtait le cours de cette entreprise.

Si, de l'examen des principes, on passe au sentiment des auteurs, on verra que Legrand, dans son Commentaire sur la coutume de Troyes, tit. 4, art. 62, n°. 13, décide précisément la question. Voici ses termes : « Si » quelqu'un a édifié un Moulin sans en avoir » été empêché, les voisins auxquels tel Mou» lin porte préjudice, seront ils recevables à » intenter action à ce que le Moulin soit dé» moli, pour n'y avoir porté empêchement »? Et il répond « qu'ils sont recevables à deman» der la démolition, ou au moins la réduction » de la chaussée du Moulin à la hauteur con» venable; d'autant que ceux qui ont ainsi » édifié, ont bien su, ou probablement dû » savoir que le Moulin leur serait contro» versé, faute d'en avoir fait la dénonciation à » celui duquel devait venir l'empêchement ». (M. H.....) *

[[*V.* l'art. 16 du tit. 2 de la loi du 28 septembre-6 octob 1791, rapporté au mot *Inondation*.

§. XII. *Est-il permis aux propriétai-*

res voisins d'un Moulin à eau, d'en saigner le biez ou l'écluse?

On appelle *biez*, ou, pour nous servir d'une expression plus usitée, *l'écluse* d'un Moulin, la partie du ruisseau qui est la plus proche de la roue. C'est un canal formé de batardeaux de maçonnerie, qui joint immédiatement le Moulin, et dans lequel l'eau est plus resserrée, afin qu'elle ait plus d'action.

Il s'agit donc de savoir si les propriétaires des fonds contigus à ce canal, peuvent le saigner, c'est-à-dire, le percer pour en faire couler les eaux sur leurs domaines.

La négative paraît incontestable : le propriétaire du Moulin n'a pu former le biez sans avoir la propriété des deux rives; il n'a pu faire une pareille construction sur le terrain d'autrui. A quel titre donc les possesseurs des biens contigus à ces rives, se prétendraient-ils en droit de les percer?

Aussi trouvons nous deux arrêts des 13 décembre 1608 et 3 juillet 1656, qui jugent nettement que cela n'est pas permis. (*V.* l'article *Biez*).

Mais conclurons-nous de ces arrêts, comme le fait Rousseaud de Lacombe dans sa *Jurisprudence civile*, au mot *Eau*, que les propriétaires riverains ne peuvent pas saigner le ruisseau au-dessus du biez du Moulin?

Cette conséquence ne paraîtrait pas juste. Nous l'avons déjà dit : dès que les deux rives sur lesquelles le biez du Moulin est construit, appartiennent au propriétaire du Moulin, de quel droit un étranger viendrait il saigner le biez même? On ne peut saigner un ruisseau qu'autant qu'on est propriétaire de la rive qui qui resserre les eaux. Les arrêts qui ont interdit aux propriétaires des prés adjacens au biez d'un Moulin, la faculté de saigner ce biez, n'ont donc rien jugé contre le droit des propriétaires riverains. Les propriétaires des prés situés le long du biez du Moulin, n'étaient pas propriétaires riverains; ils n'avaient pas la propriété de la rive sur laquelle le biez était construit. C'est donc avec raison qu'on leur a interdit le droit de percer cette rive. Il n'a jamais été permis de percer le terrain d'autrui pour arroser ses propres domaines.

Mais si les arrêts cités ne peuvent pas nous conduire à la règle qu'a prétendu en tirer Rousseaud de Lacombe, cette règle n'est-elle pas au moins vraie en elle-même? Et ne devons nous pas tenir pour maxime, qu'il est défendu de détourner l'eau d'une riviere, lors qu'en le faisant, on nuirait aux Moulins bâtis au-dessous?

Voici de quelle manière Brillon s'expliquait sur cet objet, le 27 novembre 1702, en portant la parole au grand-conseil, en qualité de substitut du procureur général;

« Comme un Moulin ne peut pas être Moulin sans sa prise d'eau, puisque sans elle le Moulin serait inutile, l'on peut dire que celui qui est propriétaire du Moulin, l'est aussi du canal qui conduit l'eau ; car il faut croire qu'avant de bâtir le Moulin, il s'est assuré de la prise d'eau, du passage, de la conduite. Le maître de la source, en ne s'opposant point à la construction du Moulin, a consenti qu'elle devînt commune, et qu'elle servît à l'usage du propriétaire du Moulin inférieur. La prise d'eau, la liberté d'en user, est donc un droit primitif; il a dû être le premier dans l'exécution, aussi bien que dans l'intention; c'est pourquoi l'endroit où passe l'eau, est toujours censé joint au Moulin, et en est une dépendance. Le propriétaire du Moulin supérieur et dominant ne peut plus en détourner le cours; le maître du Moulin inférieur en a acquis un droit de servitude sur l'autre, a un droit de propriété pour lui même ; il a tout ensemble *jus in aquam*; et ce qui est plus, il a *jus aquæ*.

» Quand cette servitude est une fois constituée, elle ne peut plus être éteinte; et même si le Moulin inférieur avait été démoli, qu'un temps assez considérable pour acquérir une prescription se fût passé sans y avoir construit un Moulin nouveau, la prescription, en ce cas, n'aurait pu être acquise contre celui qui n'aurait pas usé du droit de l'eau pendant plusieurs années. La note de Godefroi, sur la loi 10, C. *de servitutibus et aquâ*, porte : *aquæductûs servitus, cùm primùm est constituta, quasi continua est, continuatur enim facto naturæ, citrà factum hominis.* L'eau n'appartient proprement à personne ; c'est un don que la nature fait à tous les hommes ; elle produit des sources, elle les partage en ruisseaux, les distribue pour l'utilité commune, leur donne une pente et un cours qu'il n'est pas permis d'arrêter au préjudice de ceux à qui elle a voulu le rendre avantageux. Si par des changemens qui lui sont ordinaires, elle portait ailleurs le lit du ruisseau, alors on perd, avec l'usage de ces eaux écartées, le droit de les ramener dans leurs premières bornes ; mais si ce changement est arrivé par l'entreprise de celui qui se prétend maître d'une source, à cause qu'elle traverse ses héritages, nul doute qu'il ne soit responsable du dommage dont se plaint le propriétaire du Moulin inférieur.

» Mornac, sur le §. *si initium* de la loi *si quis*, D. *de edendo*, en parlant de *Molendinis superioribus et inferioribus*, cite un arrêt du parlement de Paris de l'année 1605, qui a

jugé *nemini licere variis hinc illinc sinuosis recurvatisque flexibus aquam assumere.* La liberté de l'eau est une chose si favorable, qu'il rapporte au même endroit une espece tirée de Dumoulin, glose 2, §. 2. Deux frères conviennent dans un partage que le Moulin demeurera commun avec le ruisseau et l'aquedne. L'un accorde à un tiers le droit de faire venir de l'eandans sou héritage. Dumoulin prétend que celui à qui la concession est faite, peut construire un Moulin, *dummodò aqua utrique sufficiat*; et qu'il ne sera plus permis d'en détourner le conrs, sous prétexte que ce nouveau Moulin fera tort à l'autre par le partage des profits et la diminution du travail : tant il est vrai que la liberté une fois acquise de se servir de l'eau, ne peut plus être ravie ».

Ces principes sont vrais; mais gardons-nous bien de les porter trop loin et d'appliquer à tous les cas ce qui ne doit avoir lieu que dans des circonstances particulières.

L'eau est nn don de la nature : elle est commune à tous les proprietaires riverains; tous doivent donc en user de manière à ne pas priver les autres du même usage. Il est contre toute équite qne l'avantage soit entièrement d'un cote, et qu'il ne reste de l'autre que le préjudice.

Ainsi, nous devons (avec Souchet, sur l'art. 29 de la coutnme d'Angoumois, n°. 35) tenir pour régle génerale, que le propriétaire d'un Moulin construit sur une rivière, ne peut pas empêcher les propriétaires des heritages supérieurs d'y prendre de l'eau jusqu'à concurrence du besoin qu'en ont ces héritages.

Si le volume d'eau d'un ruisseau n'est pas suffisant pour servir à la fois à tous les propriétaires, pour arroser tous les pres, et en même temps pour faire tourner les Moulins, la libre disposition de l'eau doit être reglee par des arbitres; ils doivent fixer les temps et les heures pendant lesquels chaquo particulier s'appropriera l'eau en entier.

A defaut d'arbitres, le juge doit, suivant Legrand, sur la coutume de Troyes, art. 179, gl. 1, n°. 35, distribuer l'eau avec équité, et proportionnellement aux besoins de chaque riverain. Lorsque le volnme d'eau est insuffisant pour tons, il ne servirait à aucun d'eux, si on n'etablissait pas un certain ordre dans l'usage qu'on doit faire de ce liquide. Il est plus avantagenx aux propriétaires riverains de n'avoir l'eau dont ils ont besoin que successivement, et de l'avoir en entier les uns apres les autres, et pendant un temps proportionné à l'étendue et aux besoins de celles de leurs possessions qui penvent en profiter, que de se la disputer, de ne l'avoir que partiellement, et de se trouver souvent exposés à manquer d'un élement qui peut seul feconder leurs héritages.

Les Moulins sont très-utiles au publie; mais ils ne sont pas préférables à l'arrosement des héritages. L'eau est l'élement de l'agriculture : on peut construire des Moulins à vent : on peut suppleer à l'eau par la mouture mécanique des grains; rien ne peut tenir lien de l'eau pour la fertilisation des domaines.

On a condamné quelquefois des particuliers qui détournaient le cours des rivières, qui absorbaient l'eau, qui interceptaient le mouvement des Moulins, et qui prejudiciaient aux heritages inférieurs par le conrs de l'eau. Ces jugemens sont conformes aux lois naturelles, aux principes qu'on vient d'exposer, et ils s'accordent tous avec les droits de la proprieté des riverains.

Tel est, par exemple, l'arrêt du 16 juillet 1605, dont Brillon uous parlait tout-à-l'heure d'après Mornac. Cet arret, il est vrai, condamna un partieulier à laisser couler l'eau comme auparavant dans les heritages inferieurs : *Quominùs aqua in inferiores sequentesque agros eo modo ac rigore flueret quo anteà consueverat.* Mais quel en fut le motif? C'est que ce particulier absorbait presque tout le volume d'eau et en privait les propriétaires inferieurs : *Variis hinc illinc sinuosis recurvatisque flexibus rivulum ferè totum assumpserat.* Le propriétaire supérieur n'usait pas seulement de l'eau : il en abusait, en se l'appropriant presque totalement, *rivulum ferè totum assumpserat.* Aussi Mornae n'en tire-t il pas d'autre consequence sinon que *vicini conqueri poterunt, si quis aquam omnem quæ per agrum suum fluit, ita fossis, rivis, incilibus, stagnis ac vivariis sistat, circumcludat atque coërceat, ut inferiora prædia sitiant.* Il condamne l'abns, et non l'usage convenable de tous les eourans d'eau.

Il ne faut donc pas confondre ce qu'on appelle détourner le eours d'un ruisseau, avec l'usage de l'eau. Le premier aete consiste à faire prendre à une riviere un eours différent de celui qu'elle avait; cela n'est permis à personne : d'ailleurs, celui qui détournerait ainsi le cours d'une riviere ou d'un ruisseau, s'approprierait à lui seul des eaux qui sont communes à tous les propriétaires des héritages voisins; il en depouillerait sans droit les anciens et paisibles possesseurs. User de l'eau, c'est en prendre par des saignées pour l'arrosement de ses domaines, pendant certain temps, et cela proportionnellement à l'étendue du terrain qu'on possède, et à ses besoins.

C'est user de l'eau, même modérément, que de la prendre en entier pendant un certain temps, lorsque le volume est si modique, qu'il ne peut pas servir à la fois à tous les propriétaires.

Vigier, sur la coutume d'Angoumois, page 122, édition de 1720, rapporte une sentence du sénéchal d'Angoulême, du 28 juillet 1693, qui prouve combien l'usage de prendre ainsi l'eau, a toujours été regardé favorablement.

Cette sentence jugea que la dame de Boisbaudran ne pourrait prendre l'eau du ruisseau d'Argence, que deux fois par semaine, les lundi et vendredi, depuis six heures du soir jusqu'à six heures du matin; il fut dit qu'elle ne prendrait cette eau que par deux ouvertures d'un pied de large chacune, et que chaque ouverture n'aurait qu'un demi-pied de profondeur au-dessous du lit du ruisseau.

Le sieur de Vouillac, propriétaire d'un Moulin inférieur aux heritages de la dame de Boisbaudran, se plaignait qu'elle prenait l'eau de ce ruisseau par trois fossés de huit à dix pieds de large : ceci prouve combien ce ruisseau était considérable, et combien cette femme en abusait.

« La sentence du sénéchal, dont il est question (dit Souchet sur la même coutume, art. 29, n°. 55), est très-conforme aux principes que nous avons posés : elle autorisa la dame de Boisbaudran a user de l'eau modérément. Les deux ouvertures d'un pied de large, qu'on lui permit de faire dans un ruisseau aussi considérable, devaient lui fournir une quantité d'eau suffisante pour l'arrosement de ses domaines. En lui interdisant l'abus qu'elle faisait de ce courant d'eau, cette sentence l'empêcha de l'épuiser par les trois larges fossés qu'elle avait ouverts et qui auraient pu mettre à sec une rivière ordinaire ».

[[On peut voir à l'article *Cours d'eau*, quelles sont là-dessus les dispositions du Code civil.

§. XIII. 1°. *A qui, du pouvoir judiciaire, ou de l'autorité administrative, appartient-il de connaître des contestations relatives aux objets compris dans les deux paragraphes précédens ?*

2°. *Laquelle des deux autorités serait compétente, s'il ne s'agissait que de l'usurpation prétendue faite par le propriétaire d'un Moulin, du biez du Moulin appartenant à son voisin ?*

I. Il existe, sur la première question, un décret du 2 février 1808.

« Vu (porte-t-il) l'arrêté du 23 juillet dernier, par lequel le préfet du département de la Drôme a élevé un conflit d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, au sujet des poursuites dirigées par le sieur Reynaud contre le sieur Bérard, tous deux propriétaires de Moulins à farine établis sur le Roubion, dans les communes de Saint-Marcel et de Sauzet, pour obliger le sieur Bérard à détruire les écluses et autres ouvrages qu'il a fait faire en l'an 10, afin d'amasser dans le biez de son Moulin les eaux suffisantes pour faire jouer cette usine ;

» Vu le jugement rendu le 26 juin 1807, par lequel le tribunal de première instance, séant à Montelimart, a improuvé celui du juge de paix du canton de Marsanne, du 27 thermidor an 12, et ordonné la démolition des ouvrages faits par le sieur Bérard;

» Vu les lois des 24 août 1790, 28 septembre - 6 octobre 1791, et les art. 5 et 645 du Code civil;

» Considérant que, lorsqu'il s'agit de contestations entre des particuliers, relatives à l'usage des eaux pour l'irrigation de leurs terres, la compétence appartient aux tribunaux, ainsi qu'il résulte de l'art. 645 du Code civil ;

» Que ce même article ajoute que les réglemens locaux seront observés;

» Que l'art. 5 du même Code defend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglémentaire;

» Que, dès qu'il convient de faire un réglement local, les tribunaux ne peuvent se dispenser de renvoyer à l'autorité administrative;

» Que, lorsque la contestation est relative à des Moulins et usines, et qu'il s'agit de la hauteur d'eau, comme cette matière intéresse l'ordre public, c'est à l'administration qu'il appartient de faire faire les vérifications, et de statuer sur les difficultés;

» Que la surveillance continuelle de l'administration à cet égard est indispensable, à cause des dommages que les eaux pourraient causer aux chemins et propriétés voisines, par la trop grande élévation du déversoir, ou par toute autre construction non conforme à l'art, et à cause des inconvéniens graves qui pourraient en resulter, sous le rapport des approvisionnemens; que ces motifs ont servi de base à l'art. 16 du tit. 2 de la loi du 6 octobre 1791, à laquelle il n'a point été dérogé ;

» Que cet article impose aux propriétaires et fermiers des Moulins et usines, l'obligation de tenir les eaux à une hauteur qui ne nuise à

personne, et qui sera fixée par l'administration :

» Et attendu que, dans l'espèce dont il s'agit, la contestation est elevée entre les propriétaires de Moulins; et que les ouvrages faits par le sieur Berard, ont pour objet de se procurer et de conserver la hauteur d'eau qu'il prétend lui être nécessaire pour le service de son Moulin;

» Notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

» Art. 1. Le jugement précité du 26 juin 1807 est declaré nul et comme non avenu.

» 2. Les parties se retireront, s'il y a lieu, devant l'autorité administrative.

» 3. Notre grand juge ministre de la justice, et notre ministre de l'intérieur sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera inseré au Bulletin des lois ».

II. La seconde question est également décidée par un décret du 2 juillet 1812, qui est ainsi conçu :

» Sur le rapport de notre commission du contentieux; vu la requête de la dame veuve le Noble, propriétaire de prés et pacages situés sur la riviere de Creuse, tendant à ce qu'il nous plaise annuler, pour cause d'incompetence, deux arrêtés du prefet de la Creuse, des 13 février et 5 juillet 1811, qui jugent une question de proprieté entre elle et les propriétaires d'une papeterie située sur la rive opposée; vu lesdits arrêtés, un traité sur procès, du 24 juillet 1803, et les autres pièces produites par les parties;

» Considerant que le préfet de la Creuse avait le droit de régler les dimensions de la retenue et du biez du Moulin; mais que les contestatinns que ce réglement pouvait exciter, devaient être portées devant les tribunaux ou devant le conseil de prefecture, suivant qu'elles avaient ou non la proprieté pour objet; qu'il s'agit dans l'espece, d'une contestation entre deux proprietaires riverains d'un cours d'eau qui n'est navigable ni flottable, sur la question de savoir si l'un d'eux doit fournir, comme l'ayant usurpé, le terrain necessaire au biez de l'usine qui appartient à l'autre; que l'État ni le reste des proprietes riveraines n'ont d'intérêt dans la contestation; qu'elle se réduit par conséquent à une simple question de propriété qui est du ressort des tribunanx;

» Notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui snit :

» Les arrêtés du préfet de la Creuse, des 13 février et 5 juillet 1811, sont annulés, et les parties sont renvoyées devant les tribunaux ».

On trouvera au mot *Rivière*, §. 2, n°. 3, un autre décret du 6 janvier 1813, qui est fondé sur le même principe.

V. les articles *Chômage*, *Cours d'eau*, *Écluse*, *Meubles*, *Marais*, §. 6; *Meunier*, et mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Pouvoir judiciaire*, §. 10]].

MOUSSE. *V.* les articles *Inscription maritime*, *Matelot*, *Navire*, *Navigation* et *Vaisseau*.

MOUTON. *V.* les articles *Berger*, *Epizootie*, *Parcours*, *Pâturage*, *Usage (droit d')*, [[et le décret du 8 mars 1811, qui prescrit des mesures pour l'amélioration des bêtes à laine]].

MOUTURE. *V.* l'article *Meunier*.

MOUTURE. (Droit de). *V.* l'article *Accises*.

* MOUVANCE. C'est l'état de dépendance par lequel un domaine relève d'un fief, noblement ou roturièrement. Les art. 43, 45, 50, 44, 60, 68, 65 et 68 du titre *des Fiefs*, et l'art. 83 du titre *des Censives* de la coutume de Paris, ainsi qu'un grand nombre d'articles d'autres coutumes, emploient les mots *Mouvances* et *mouvant* dans ce double sens. Ainsi le mot *Mouvance* est le corrélatif de celui de *directe*. *V.* ce mot. (Garran du Coulon.) *

[[MOYENS DE FAUX. Les lois appelent ainsi un acte que le demandeur en inscription de faux doit signifier à son adversaire, ou déposer au greffe, dans un certain délai, après qu'il a déclaré s'inscrire en faux, et dans lequel il doit consigner les faits, les circonstances et les preuves qu'il se propose de faire valoir contre la piece qu'il prétend être fausse.

Les dispositions des lois relatives à cette matiere, sont rapportées sous les mots *inscription de faux*.

Mais voici une question importante qu'elles ont fait naitre : peut-on considérer comme renfermant des moyens de faux pertinens et admissibles, un acte par lequel le demandeur en inscription de faux se borne à nier, l'un apres l'autre, tous les faits constatés par la pièce qu'on lui oppose ?

Cette question s'est présentée dans l'espece suivante :

Le 15 septembre 1811, procès-verbal de deux préposés de la régie des Droits Réunis, à la résidence de Gênes, qui constate qu'en entrant dans le cabaret du sieur Lombardo, ils ont aperçu sa femme cachant un vase dans un comptoir; que, cela fait, elle a mesuré, sur ce comptoir, du vin dans d'autres vases;

que lui ayant demandé ce qu'il y avait dans son comptoir, elle avait répondu *rien ;* qu'ils lui en ont fait ouvrir la porte, et qu'ils y ont trouvé le vase qu'elle y avait caché ; que ce vase contenait deux litres et demi de vin rouge ; qu'interpellée de leur dire pourquoi elle tenait ce vin caché dans un vase inférieur à un hectolitre, elle a répondu, et que son mari présent a répondu comme elle, qu'ils l'avaient tiré par provision, pour n'être pas aussi souvent obligés de descendre à la cave ; que, sur cette réponse, il a été observé par les préposés que le vin existant sur le comptoir, suffisait pour le service des buveurs présens, et qu'il n'était pas naturel de cacher du vin qui n'était pas en fraude ; qu'ils ont ensuite vérifié l'état du magasin, qu'ils n'y ont pas trouvé la moitié du produit qu'aurait dû donner le concours des buveurs qu'ils avaient continuellement remarqués dans ce cabaret ; qu'ils en ont induit que le vin trouvé dans le vase caché, et d'une contenance prohibée par la loi, était en fraude ; qu'en conséquence, ils ont saisi ce vase et le vin qu'il contenait ; qu'il ont dégusté ce vin, que Lombardo l'a dégusté comme eux ; que le vase et le vin ont été estimés, de gré à gré, à deux francs, et qu'ils les ont laissés à la garde de Lombardo, qui s'est obligé de les représenter à toute réquisition.

Sur ce procès-verbal, Lombardo est assigné à comparaître, le 16 octobre suivant, à l'audience du tribunal correctionnel de Gênes.

Il comparait en effet, et déclare s'inscrire en faux contre le procès-verbal.

Le même jour, jugement qui lui donne acte de sa déclaration ; et surseoit à statuer sur le fond jusqu'à ce que l'incident soit vidé.

Le lendemain, Lombardo dépose au greffe un acte contenant ses Moyens de faux, et qui se réduit à ces propositions :

« Il n'est pas vrai que ma femme ait caché un vase dans son comptoir, ni qu'elle mesurât, sur ce même comptoir, du vin dans d'autres vases.

» Il n'est pas vrai qu'elle ait tenu les propos que le procès-verbal lui fait tenir.

» Il n'est pas vrai qu'elle ait dit qu'il n'y avait rien dans son comptoir

» Il n'est pas vrai que les préposés aient trouvé, dans ce comptoir, un vase contenant deux litres et demi de vin rouge, ni que moi et ma femme ayons tenu, au sujet de ce prétendu vase, les propos que le procès verbal nous impute.

» Il n'est pas vrai que j'aie dégusté et reconnu le vin trouvé dans le comptoir, ni que je l'aie estimé de gré à gré.

» Il n'est pas vrai que j'aie été constitué gardien du vin et du vase, ni que j'aie promis de les représenter.

» Enfin, tout ce qui est exposé dans le procès-verbal est faux, sauf le fait de la visite des préposés chez moi et la menace de faire un procès-verbal ».

Je me réserve de prouver, par précaution et surabondance, les véritables faits non criminels qui ont donné lieu à la rédaction du procès-verbal.

Il termine en désignant les témoins qu'il se propose de faire entendre à l'appui de toutes ses assertions.

La régie des Droits-Réunis soutient que ces Moyens de faux ne sont ni pertinens ni admissibles.

Le 4 décembre suivant, le tribunal correctionnel de Gênes rend un jugement qui, « sans » s'arrêter à l'inscription en faux formée par » Lombardo..., de laquelle il est débouté, ni » aux prétendus Moyens de faux par lui pré» sentés au greffe...., lesquels sont déclarés » non admissibles et non pertinens, déclare » bonne et valable la saisie faite sur le pré» venu par procès-verbal du 15 septembre » dernier.... ».

Lombardo appelle de ce jugement à la cour de Gênes.

Par arrêt du 16 mai 1812,

« Considérant que les Moyens de faux présentés par Lombardo, tendent à exclure toutes les circonstances du procès-verbal dressé le 15 septembre dernier par les préposés de la régie ; que, si toutes les circonstances de ce procès-verbal, à l'exception de la visite et de la menace de rédiger un procès-verbal, sont énoncés contre la vérité, ainsi qu'il le veut prouver, il s'ensuit nécessairement que l'innocence du prévenu se trouverait établie, et et que le faux articulé serait constaté ;

» Que, lorsqu'il s'agit d'exclure un fait, il n'est pas nécessaire d'en prouver un autre qui lui soit contraire ; car il suffit de prouver l'inexistence du fait qui a été donné pour existant ;

» Que les autres faits que le prévenu s'est réservé de proposer par surabondance, pour faire connaître les véritables motifs qui ont induit les préposés à rédiger ledit procès-verbal contre la vérité, supposent la preuve préexistante de la fausseté des faits contenus dans ledit procès verbal ; et que par conséquent cette réserve faite après la déduction des Moyens de faux, bien loin de les affaiblir, pourrait tendre à les mettre plus en évidence ;

» Qu'ainsi, le tribunal de première instance

ayant rejeté lesdits Moyens comme inconcluans et inadmissibles, et par ce motif déclaré Lombardo déchu de son inscription de faux, a mal jugé;

» Vu l'art. 42 du décret du 1er. germinal an 13;

» Dit avoir été mal jugé par le jugement dont est appel; émendant, déclare admissibles les moyens de faux présentés par Lombardo, et qu'il sera procédé ainsi que de droit.... ».

Recours en cassation contre cet arrêt, de la part de la régie des Droits Réunis.

« Pour dépouiller un procès-verbal de la foi qui lui est due, en matière de Droits-Réunis (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 18 février 1813), l'art. 40 du décret du 1er. germinal an 13 exige deux choses: la première, qu'à l'audience indiquée par l'assignation, au plus tard, le prévenu déclare s'inscrire en faux contre le procès-verbal en vertu duquel il est poursuivi; la seconde, que, dans les trois jours suivans, il dépose au greffe ses *Moyens de faux*.

» Le prévenu satisfait-il à la seconde de ces conditions, lorsque, dans l'acte qu'il dépose au greffe comme contenant des Moyens de faux, il se borne à retracer chacun des faits de contravention qui sont énoncés dans le procès-verbal, à dire, sur chacun de ces faits, qu'il est faux, et à indiquer les témoins par les dépositions desquels il entend le prouver?

» Telle est la question que nous avons à résoudre; et pour y parvenir nous n'avons besoin que de quelques réflexions extrêmement simples.

» Que fait le prévenu, en déclarant à l'audience, qu'il s'inscrit en faux contre le procès-verbal qui lui impute une contravention? Il soutient que les faits de contravention, énoncés dans ce procès-verbal, ne sont pas vrais.

» Cette déclaration faite, la loi se contente-t-elle que, dans les trois jours suivans, il dépose au greffe les noms des témoins qui doivent déposer sur les faits de contravention? Nullement: elle veut qu'il y dépose en même temps ses *Moyens de faux*.

» Ses Moyens de faux doivent donc contenir quelque chose de plus que la dénégation qu'il a déjà faite, à l'audience, des faits de contravention qui lui sont imputés; car s'ils ne contenaient rien de plus, ils seraient inutiles; et s'ils étaient inutiles, la loi ne les exigerait pas; elle ne les exigerait pas surtout, à peine de déchéance de l'inscription de faux.

» Or, dans notre espece, que contient l'acte mis au greffe par Lombardo, le 17 octobre 1811, de plus que la déclaration qu'il avait faite, la veille à l'audience? Rien, absolument rien.

» Qu'importe que, par l'acte mis au greffe, il ait nié un à un les faits de contravention qu'il avait niés en masse à l'audience? En les niant un à un, il n'a rien ajouté à la dénégation qu'il en avait faite en masse; ou plutot, en les niant en masse à l'audience, il les avait d'avance niés un à un. La dénégation qu'il a faite au greffe de chacun de ces faits, n'est donc, à proprement parler, que la répétition de la dénégation qu'il en avait déjà faite par son inscription de faux.

» Qu'importe encore que, par l'acte mis au greffe, il ait avoué quelques faits indifférens, énoncés pêle-mêle avec les faits de contravention, dans le procès-verbal contre lequel il s'était inscrit en faux à l'audience? En s'inscrivant en faux à l'audience contre le procès-verbal, il était censé n'avoir nié, dans le procès-verbal, que les faits de contravention qui y sont énoncés; il n'était pas censé avoir nié, parmi les faits qui y sont énoncés, ceux qui ne constituent pas de contravention, ceux qui sont indifférens. L'acte qu'il a mis au greffe dans les trois jours de la déclaration qu'il avait faite à l'audience, n'a donc été, encore une fois, qu'une répétition de son inscription de faux. Il n'a donc pas, encore une fois, rempli, par cet acte, l'obligation que lui imposait la loi de déposer ses Moyens de faux au greffe.

» Pour remplir cette obligation, qu'avait-il à faire? Rien que ce que la loi lui prescrivait littéralement. La loi lui disait: *Vous avez allégué des faux à l'audience, mais cela ne suffit pas. Vous devez encore indiquer les Moyens que vous entendez employer pour justifier vos allégations.*

» Il devait donc, par l'acte qu'il a mis au greffe, le 17 octobre 1811, au lieu de se renfermer dans une dénégation sèche des faits de contravention qui sont consignés dans le procès-verbal, expliquer comment et pourquoi chacun de ces faits était faux, et par conséquent articuler des faits positifs qui, ou leur fussent directement contraires, ou en différassent tellement qu'il fût impossible de les admettre comme vrais, sans que la fausseté des faits consignés dans le procès-verbal parût dans le plus grand jour.

» Ainsi, par exemple, au lieu de se borner à dire: *Il n'est pas vrai qu'au moment où les préposés sont entrés chez moi, ma femme ait caché un vase dans son comptoir, ni qu'elle mesurât, sur ce même comptoir, du vin dans d'autres vases*; il devait articuler qu'au mo-

ment où les préposés étaient entrés chez lui, sa femme n'était pas à son comptoir, ou que, si elle y était, elle y faisait des choses incompatibles avec l'action simultanée de mesurer du vin dans ses vases, et de cacher un autre vase dans ce meuble.

» Au lieu de se borner à dire : *Il n'est pas vrai que ma femme ait tenu les propos que le procès-verbal lui fait tenir;* il devait ou rappeler les propos que sa femme avait réellement tenus, ou soutenir que sa femme n'avait pas dit le mot.

» Au lieu de se borner à dire : *Il n'est pas vrai que ma femme, interpelée par les préposés de leur déclarer ce qu'il y avait dans son comptoir, ait répondu qu'elle n'y avait rien mis;* il devait articuler, ou qu'elle n'avait pas répondu à cette interpellation, ou qu'elle y avait fait une réponse toute différente.

» Au lieu de se borner à dire : *Il n'est pas vrai que les préposés aient trouvé dans le comptoir un vase contenant deux litres et demi de vin rouge;* il devait articuler, ou que les préposés n'avaient pas fait ouvrir le comptoir, ou que l'ayant fait ouvrir, il n'y avaient trouvé que telle et telle chose, ou qu'ils n'y avaient rien trouvé.

» Au lieu de se borner à dire : *Il n'est pas vrai que ma femme et moi ayons tenu, au sujet de ce prétendu vase, les propos que ce procès-verbal nous impute*, il devait articuler, ou qu'il n'avait été nullement question de ce prétendu vase dans la conférence que sa femme et lui avaient eue avec les préposés, ou qu'ils n'avaient rien dit au sujet de ce prétendu vase, ou qu'au lieu des propos consignés dans le procès-verbal, ils avaient tenu tels ou tels propos qui en différaient totalement.

» En s'expliquant ainsi sur des faits de contravention énoncés dans ce procès-verbal, il aurait circonscrit, il aurait déterminé le cercle des faits sur lesquels devaient déposer les témoins qu'il se proposait de faire entendre; il se serait mis dans l'impossibilité d'imaginer à loisir d'autres faits pour les opposer à ceux que le procès-verbal constate; et c'est précisément là ce que voulait la loi, en lui assignant un très court délai pour déposer ses Moyens de faux. Car la loi n'a évidemment limité ce délai à trois jours, que parcequ'elle a voulu empêcher le demandeur en inscription de faux de varier dans l'articulation de ses faits; que parcequ'elle a voulu que les faits qu'il articulerait par opposition à ceux du procès-verbal, fussent dans le délai de trois jours, tellement précisés, tellement circonstanciés que l'on sût, dès-lors, positivement quels seraient les seuls points sur lesquels les témoins devraient déposer; que parcequ'elle a voulu prévenir les moyens trop faciles que le demandeur en inscription de faux aurait eus de suborner ses témoins, s'il lui avait été permis de les faire déposer sur des faits ou des circonstances qu'il aurait, après coup, arrangés avec eux.

» Et ce qu'il y a ici de bien remarquable, c'est que Lombardo n'a pas dissimulé, par son prétendu acte de *Moyens de faux*, le projet qu'il avait de tromper ainsi le vœu de la loi. *Je me réserve* (a-t-il dit) *de prouver, par précaution et surabondance, les véritables faits non criminels qui ont donné lieu à la rédaction du procès-verbal.* Il a donc reconnu lui-même qu'il n'était pas réduit à combattre le procès-verbal par des dénégations sèches; il a donc reconnu lui-même qu'il pouvait opposer à ce procès-verbal des faits positifs; il a donc reconnu lui-même qu'il ne dépendait que de lui d'articuler des faits qui eussent eu véritablement le caractère de *Moyens de faux*.

» Pourquoi donc n'a-t-il pas fait ce qu'il annonçait lui-même pouvoir faire? Peut-on en douter? Parcequ'il n'avait pas encore combiné avec ses témoins toutes les parties, toutes les nuances du roman qu'il était dans son intention d'opposer au procès-verbal; parcequ'il voulait se ménager la ressource d'y faire les changemens qui s'accommoderaient le mieux avec la complaisance de ses témoins.

» Eh! Comment, d'après cela, pourriez-vous laisser subsister l'arrêt que vous dénonce la régie?

» Non-seulement, par cet arrêt, la cour de Gênes a revêtu du caractère de *Moyens de faux* des allégations qui n'en ont pas l'ombre; non-seulement elle a violé, par là, l'art. 229 du Code de procédure civile, qui veut impérieusement que les Moyens de faux, au lieu de se réduire à une simple dénégation des faits constatés par l'acte contre lequel l'inscription de faux est dirigée, présentent l'indication précise des *faits*, des *circonstances* et des preuves que le demandeur prétend opposer à cet acte; mais elle a fait pis encore, en déclarant les prétendus Moyens de faux de Lombardo *admissibles* sans restriction : en les déclarant *admissibles*, tels que Lombardo les avait déposés au greffe; elle en a sanctionné même le dernier article, c'est-à-dire, la réserve que Lombardo s'y était faite de prouver des faits qu'il n'y articulait pas encore, elle a autorisé Lombardo à prouver ces faits; elle a par conséquent violé la disposition de l'art. 40 du décret du 1er. germinal an 13, qui limite à trois

jours le délai dans lequel doivent être proposés les Moyens de faux.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt dont il s'agit ».

Par arrêt du 18 février 1813, au rapport de M. Chasle,

« Vu l'art 40 du décret réglementaire du 1er. germinal an 13, et l'art. 229 du Code de procédure civile, au titre du *faux incident civil*....;

» Attendu que les deux dispositions bien distinctes de l'art. 40 ci-dessus rapporté, qui prescrivent d'abord, à celui qui veut s'inscrire en faux, de faire sa déclaration d'inscription, au plus tard, le jour indiqué pour l'audience, et en second lieu de déposer ses Moyens de faux au greffe dans les trois jours suivans, prouvent évidemment que le législateur n'a pas eu l'intention que l'inscrivant pût borner ses Moyens de faux à une dénégation sèche des faits du procès-verbal argué de faux, ou, ce qui est la même chose, à une déclaration que lesdits faits ne sont pas vrais; qu'il a voulu, au contraire, conformément aux règles générales de la matière et aux dispositions de l'art. 229 du Code de procédure civile, que les Moyens de faux contiennent les faits, les actes et les circonstances par lesquels l'inscrivant entend prouver la fausseté des faits de contravention déclarés par le procès-verbal;

» Qu'il résulterait d'une autre interprétation de la loi, d'abord, que la deuxième disposition de l'art. 40 serait inutile et illusoire, puisque l'acte du dépôt des Moyens de faux n'apprendrait rien de plus que la première déclaration d'inscription; en second lieu, que les prévenus ignorant les faits que l'inscrivant se proposerait de prouver, seraient hors d'état de les discuter et réfuter, ainsi que de préparer leur défense; en troisième lieu, que les magistrats n'auraient aucune base fixe, soit pour apprécier de prétendus Moyens aussi vaguement exprimés, soit pour interroger les prévenus et les témoins;

» Que, dans l'espèce, le cabaretier Lombardo a borné ses prétendus Moyens de faux à rappeler successivement tous les faits du procès-verbal du 15 septembre 1811, et à dire simplement que chacun de ces faits n'est pas vrai, sans articuler ni faits ni circonstances contraires, et qu'il a encore ajouté à la fin de son acte de dépôt, du 17 octobre, qu'il se réservait de prouver par précaution et surabondance, sans aucunement les articuler, les véritables faits non criminels qui ont donné lieu au procès-verbal;

» Que l'insuffisance de ces prétendus Moyens de faux se manifeste d'elle-même, puisque ce ne pourrait être que par d'autres faits et par d'autres circonstances opposés à ceux du procès-verbal que l'inscrivant pourrait prouver que les derniers faits n'étaient pas vrais, ou qu'ils étaient faux, et que l'inscrivant n'en a établi aucun;

» Que néanmoins la cour de Gênes a non-seulement admis comme Moyens de faux, de simples dénégations absolument dénuées de faits et de circonstances contraires aux faits du procès-verbal; mais qu'il résulte encore de son arrêt, qu'elle aurait implicitement autorisé Lombardo à prouver, comme tendant à mettre de plus en plus en évidence ses prétendus Moyens de faux, les véritables faits, qu'il n'a pas plus articulés, qui ont donné lieu au procès-verbal;

» D'où il suit que ladite cour a doublement contrevenu à la loi, qu'elle a faussement interprété l'art. 40 du décret du 1er. germinal an 13, et violé les dispositions de l'art. 229 du Code de procédure civile;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».]]

Dans les conclusions qui ont précédé cet arrêt, j'ai dit que *des faits directement contraires* à ceux qui étaient constatés par le procès-verbal, auraient pu être admis comme Moyens de faux; mais j'ai ajouté qu'il aurait fallu pour cela que ces faits eussent été *positifs*; et par là, j'ai entendu qu'il aurait fallu que ces faits ne se réduisissent pas au simple équipollent d'une dénégation sèche des faits constatés par l'acte authentique et auxquels on les opposait.

On ne devrait donc pas plus écouter, par exemple, une partie demanderesse en inscription de faux contre un testament, en ce qu'il énonce qu'il a été dicté et écrit en présence des témoins instrumentaires qui y sont désignés, si elle venait dire vaguement et offrir de prouver, sans spécifier aucune circonstance positive dont son allégation serait la conséquence nécessaire, que le testament a été dicté et écrit hors la présence des témoins, qu'on ne devrait l'écouter si elle venait tout simplement dire et offrir de prouver qu'il n'est pas vrai que les témoins aient été présens à la dictée et à l'écriture du testament; car bien évidemment le fait affirmatif ne serait, dans la première hypothèse, que le parfait équivalent du fait négatif de la seconde, et l'un no serait pas plus admissible que l'autre.

C'est ainsi, au surplus, que l'a jugé un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, d'après une savante et profonde plaidoirie de M. Kockaert, bâtonnier de l'ordre des avocats

de cette ville, et ancien conseiller au conseil souverain de Brabant.

Il s'agissait d'un testament fait par le sieur Vanalstein, devant le notaire Devink et quatre témoins. Les héritiers légitimes l'attaquaient comme nul, en ce que les témoins instrumentaires n'avaient pas été présens à son entière confection, et comme faux en ce qu'il énonçait le contraire.

Après avoir formé, en cause d'appel, leur demande en inscription de faux incident, et en avoir obtenu l'admission, ils se sont mis en devoir de présenter leurs Moyens de faux; et c'est ce qu'ils ont fait par un acte du 29 janvier 1820, expositif « 1°. que l'acte était » écrit jusqu'au dernier alinéa, lorsque les » témoins ont été appelés près du testateur; » 2°. que ces témoins n'ont pas entendu le » sieur Vanalstein dicter son testament; 3°. » que les témoins n'ont vu le testateur que » pendant le court intervalle de vingt minutes, » et qu'il est physiquement impossible que, » pendant cet intervalle, le sieur Vanalstein » ait dicté le testament, que le notaire Devink » l'ait écrit, qu'il en ait fait lecture au testa» teur, et que celui-ci, le notaire et les témoins » l'aient signé ».

Les légataires, défendus par M. Kockaert, ont soutenu que ces moyens de faux n'étaient pas admissibles; et la cause portée à l'audience de la première chambre, ce jurisconsulte s'est expliqué à-peu-près en ces termes :

« L'art. 214 du Code de procédure permet de s'inscrire en faux, *s'il y échet*, c'est-à-dire, si le sort de l'acte argué de faux et celui du procès principal en dépendent. Cette question, le juge la résond en appréciant le fait allégué par l'inscription même, et c'est ainsi, qu'en admettant un héritier *ab intestat* à s'inscrire en faux contre le testament du défunt, en tant qu'il y est constaté que les témoins ont été présens à la dictée et à l'écriture de l'acte, il décide que, si l'héritier *ab intestat* prouve le fait de la non-présence des témoins à la dictée et à l'écriture, le testament sera déclaré nul.

» Cependant bien que, pour statuer sur l'admissibilité de l'inscription, le juge ait à apprécier la pertinence de ce fait, la loi ne permet pas d'en admettre la preuve par le jugement même qui statue sur cette admissibilité : l'on voit, par l'art. 218 du Code de procédure, que le jugement doit se borner à nommer un commissaire devant lequel l'instruction sera continuée.

» Et pourquoi la loi dispose-t-elle ainsi?

» Ce n'est pas parceque le fait de la non-présence des témoins à la dictée et à l'écriture du testament est négatif et que la preuve d'une négative est, sinon impossible, au moins très-difficile à faire; car la règle *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (loi, 21, D. *de probationibus*), ne distingue pas si la preuve à faire est plus ou moins difficile : le demandeur qui a besoin de prouver un fait négatif pour justifier sa demande, doit la fournir, comme celui qui la fonde sur un fait positif, doit prouver ce fait; et jamais la difficulté de la preuve n'a eu d'influence dans l'application du principe *actoris est probare*.

» Mais c'est parceque le fait est une dénégation du contenu dans un acte authentique, dans un acte qui fait pleine foi de ce qu'il atteste, et contre lequel, comme nous le verrons bientot, on ne peut jamais admettre de preuve *directe* contraire.

» Dans une matière civile ordinaire, il ne faut qu'articuler *succinctement* les faits dont on entend faire la preuve : le juge permet de les prouver, sans autre examen que du point de savoir s'il sont pertinens, et si la loi n'en défend pas la preuve (art. 252 et 253 du Code de procédure); et puisque l'on ne saurait concevoir de fait plus pertinent que ne l'est, par exemple, celui *que les témoins n'auraient pas été présens à la dictée et à l'écriture d'un testament*, quand l'inscription de faux porte uniquement sur ce fait négatif, la loi eût bien permis d'en admettre la preuve par le jugement qui statue sur l'admissibilité de l'inscription, si elle avait entendu qu'il s'agit, dans la matière, d'une preuve ordinaire.

» Régulièrement le juge ne doit, avant d'admettre la preuve des fait articulés, que s'assurer si ces faits auront une influence sur le fond. Il n'a besoin de rechercher au préalable, ni quelles preuves il est possible d'en faire, ni de quel poids elles seront. Il n'en est pas ainsi dans le faux : le jugement qui admet le demandeur à prouver, doit décider, non-seulement que de ces faits prouvés, il résulte un faux dans l'acte, mais encore que la preuve qui en est offerte, est possible et qu'elle est de nature à établir avec certitude les faits articulés comme Moyens de faux.

» Le Code de procédure fait donc entrevoir, dès les premiers articles sur la procédure du faux incident, que, dans cette matière, il y a des règles particulières à suivre; qu'il ne s'y agit pas de prouver un fait ordinaire, comme, par exemple, qu'un individu n'était pas tel jour dans telle ville, conséquemment qu'il ne peut pas avoir été présent à une action quelconque qui y a eu lieu le même jour, et à laquelle aucun acte authentique n'atteste qu'il a été présent; mais de prouver, contre l'asser-

tion consignée dans un acte authentique, que l'individu qu'il énonce y avoir été présent, et ainsi s'être trouvé alors dans la ville où cet acte a été passé, n'y était pas, c'est-à-dire, de prouver que cet acte constate un faux. Le Code de procédure n'eût pu, sans renverser l'autorité des actes notariés, sur laquelle repose la foi publique, admettre, dans la matière du faux, une preuve telle qu'elle peut être admise dans tout autre cas qui gît en fait, c'est-à-dire, une preuve *directe* contre l'acte.

» Démontrons donc d'abord *que jamais aucune preuve directe contraire au contenu d'un acte authentique, n'est admissible*; que c'est là un corollaire de ce qu'un tel acte fait pleine foi; que ce principe ne souffre pas d'exception dans l'inscription de faux; et la solution de la question de savoir par quelles preuves le faux peut s'établir, en découlera d'elle-même......

» Partout, dans les lois, on rencontre ce principe, que l'acte authentique fait *pleine* foi en justice, ce qui équivaut à dire que le témoignage du notaire et des témoins fait preuve *pleine et complète*, et qu'il n'est pas nécessaire de s'en ménager d'autre pour appuyer les faits qu'il atteste (1). Mais si la loi a voulu que l'on eût une confiance entière dans cette preuve, elle a nécessairement dû vouloir aussi que le public ne pût être trompé par cette confiance; et pourtant il le serait, il le serait même nécessairement, si la preuve directe contraire était admise; car, à cette preuve, que pourrait-il être opposé? Comment prouver autrement que par l'acte, que les témoins, qu'il dit y avoir été présens, l'ont été en effet? Et que deviendrait cette preuve, s'il était permis d'y opposer une preuve *directe* contraire?

» S'il peut arriver que la plus juste des causes se perde faute de preuve, c'est plus ou moins à sa propre imprévoyance de ne s'être pas ménagé de preuve suffisante, que doit l'imputer celui qui en souffre. Mais à l'égard des actes authentiques, il n'en est pas de même; la loi a dispensé de toute prévoyance ultérieure, ceux qui auraient à se défendre par la preuve que font ces actes. Ce serait donc par la loi même qu'ils se trouveraient induits en erreur, pour ne s'être pas ménagé d'autre preuve à opposer à celle qu'on dirigerait contre les faits qui y sont attestés.

» Qu'aucune preuve par témoins ne soit admissible contre le contenu des actes authentiques, *contrà scriptum testimonium, testimonium non scriptum non fertur*, c'est une règle qui est écrite dans la loi 2, C. *de testibus*, dans les ordonnances de Moulins et de 1667, dans l'édit perpétuel de 1611, dans l'art. 1341 du Code civil et dans la législation de presque tous les peuples.

» La loi n'a pas dû en dire davantage, pour exclure toute preuve quelconque contre le contenu des actes; elle n'a pas eu besoin de parler d'une preuve *écrite* contraire, à l'égard des faits qui ne sont pas dans le domaine des parties, et que le notaire et les témoins instrumentaires doivent seuls attester; car on ne saurait concevoir de preuve *écrite* contraire à de tels faits. En effet, si, à l'égard de leurs conventions, les parties peuvent se ménager une preuve contraire par des contre-lettres, il n'est pas possible de supposer une pareille écriture, pour démentir des faits que le notaire et les témoins instrumentaires sont exclusivement appelés à attester, et dont il n'est et n'a pu être tenu d'écriture que dans l'acte même.

» Si l'acte authentique n'est, dans la réalité, qu'un témoignage écrit, l'on ne saurait concevoir de preuve écrite directement contraire, si ce n'est celle qui consisterait dans l'attestation que les témoins instrumentaires donneraient du contraire dans un autre acte écrit, et le commencement de preuve écrite ne pourrait être aussi qu'un écrit émané d'eux, par lequel ils démentiraient plus ou moins ce qu'ils ont attesté; mais l'hypothèse de l'existence d'une telle preuve, ou de quelque chose qui en formerait un commencement, est par elle-même trop extravagante, pour que la loi dût y penser, et qu'elle eût besoin de dire: *contrà scriptum testimonium, testimonium scriptum non fertur.*

» Ainsi, par cela seul que la loi a défendu de faire preuve par témoins contre le contenu des actes authentiques, elle en a dit assez, pour exclure toute preuve quelconque ayant pour objet de contredire *directement* les faits qui y sont attestés; par exemple, que les témoins n'ont pas été présens à la dictée et à l'écriture; car la preuve par témoins est la seule directe que la loi ait pu supposer faisable.

» L'autorité de l'acte authentique est elle

(1) Cette assertion de M. Kockaert est parfaitement justifiée par la manière dont les anciens auteurs qualifient l'acte authentique : ils l'appellent *probatio probata*, dénomination un peu barbare, mais énergique: *instrumentum* (est-il dit sous ce mot, dans *l'index* du Code du président Favre) *est probatio probata et non probanda*. Mêmes expressions dans le savant traité *de probationibus* du célèbre Mascardus, conclus. 1148, n°. 2 *instrumentum, modò à jure requisita contineat, dicitur probatio probata, nullâ aliâ indigens judicis investigatione.*

atténuée par l'inscription de faux ? Peut-on, en s'inscrivant en faux, être admis à faire preuve *directe* contraire au contenu d'un acte authentique? Personne n'a jamais soutenu ce paradoxe : l'accusation de faux ne fait pas même naître de présomption contre l'acte ; c'est ce qui résulte de la loi 2, C. *ad legem Corneliam de falsis* : elle le laisse, tant qu'elle n'a pas été jugée, dans toute sa force; seulement elle rend admissibles les faits qu'on oppose comme *moyens de faux*. Le crime ne se présume jamais, et il ne dépend pas d'un accusateur téméraire d'ébranler la foi de l'acte, par cela seul qu'il s'est donné la peine de s'inscrire en faux (1).

» Encore une fois, c'est pour faire preuve pleine et entière des faits qui sont consignés dans les actes, que les actes les mentionnent; et cette preuve, quand est-elle utile? Ce n'est que dans le cas où ces faits sont niés, ce qui ne peut arriver que dans l'inscription de faux ; mais si alors l'acte attaqué ne conservait plus toute sa force, il s'ensuivrait que, chaque fois qu'on fait un acte authentique, l'on devrait, à l'instant même, aviser à se procurer une autre preuve, pour l'appuyer contre tout intéressé qui viendrait l'arguer de faux ; et dès lors, il ne serait plus vrai que l'acte fait *pleine foi*.

» Il n'importe donc que l'on prenne ou que l'on ne prenne pas la voie de l'inscription de faux ; dans l'un comme dans l'autre cas, la loi interdit toute preuve *directe* contraire, soit aux faits attestés par l'acte, soit à ceux qui en résultent par induction nécessaire, c'est-à-dire, qui sont de nature à ne pouvoir être prouvés autrement que par l'acte même. C'est encore là un corollaire du principe que l'acte fait *pleine* foi de son contenu, et c'est aussi ce que le bon sens commande ; car si, par exemple, les témoins instrumentaires venaient déposer en justice qu'ils n'ont pas été présens à la dictée ni à l'écriture d'un testament, et démentir ainsi eux-mêmes leur propre témoignage consigné dans l'acte, comment pourrait-on jamais le défendre contre ce témoignage posthume contraire ? Par quelle

---

(1) Nous avons vu, à l'article *Inscription* de faux, §. 1, n°. 3, M. l'avocat général Gilbert des Voisins établir, dans une affaire célèbre qui se plaidait au parlement de Paris, que *l'acte authentique ne tombe qu'autant qu'on peut* RÉUSSIR DANS L'INSCRIPTION DE FAUX; et la conséquence qui résulte de là, c'est que, comme le soutient ici M. Kockaert, pendant l'instruction de la procédure sur l'inscription de faux, l'acte authentique continue de faire pleine foi de son contenu.

Effectivement, nous lisons dans le code du président Favre, liv. 4, tit. 29, définit. 21, note 8, que, *pendente quæstione, standum est instrumento quod falsum dicitur.*

Et ce n'est pas de lui-même que ce magistrat s'exprime ainsi : il s'appuie sur le texte même du droit romain cité ici par M. Kokaert, c'est-à-dire, sur la loi 2, C. *ad legem Corneliam de falsis*, qui déclare nettement que, *cum morandæ solutionis gratiâ à debitore falsi crimen objicitur, nihilominùs, salvâ executione criminis* (*id est*, dit Godefroy dans sa note sur ce texte, *salvâ persecutione accusationis*), *debitorem ad solutionem compelli oportere.*

La loi du 6 octobre 1791, sur le notariat, disait également, tit. 1er., art. 13 : « Les actes des notaires » publics seront exécutoires nonobstant inscription de » faux, *jusqu'à jugement définitif* ».

Il est vrai qu'à cette disposition, l'art. 1319 du Code civil a substitué celle-ci :

« L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes, et leurs héritiers ou ayant cause ;

» Néanmoins, en cas de plainte en faux principal, *l'exécution* de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les juges pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement *l'exécution* de l'acte ».

Mais, en dérogeant ainsi à la loi de 1791, le Code civil a-t-il attribué, soit à la mise en accusation, soit à l'admission d'une inscription en faux incident, l'effet de suspendre *la foi* que l'acte authentique fait par lui-même ?

Non : il a bien ôté provisoirement à la foi due à cet acte, après que le procès en faux est parvenu à un certain point de gravité, l'effet d'emporter exécution parée. Mais ôter provisoirement cet effet à la foi de l'acte, ce n'est certainement pas la faire cesser ; car l'effet d'une cause peut être suspendu, sans que la cause le soit elle-même : si l'on ne conçoit pas d'effet sans cause, on conçoit très-bien une cause sans effet actuel ; et une cause ne cesse pas d'exister, par cela seul qu'elle cesse de produire son effet ordinaire.

Ce qui prouve d'ailleurs que c'est dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 1319 du Code civil, c'est la manière même dont il est conçu : Il commence par établir le principe général, que *l'acte authentique fait pleine foi*; venant ensuite au cas où un acte de cette nature serait attaqué par une accusation ou une inscription de faux admise, il ne dit pas qu'alors cet acte cessera de faire foi; il dit seulement que cet acte cessera ou pourra cesser alors d'être exécutoire par provision. Donc ce n'est pas la foi de l'acte qu'il suspend ou permet de suspendre par suite de l'admission, soit de l'accusation, soit de l'inscription de faux : donc il ne suspend ou ne permet de suspendre que l'effet attribué à l'acte, comme faisant pleine foi, d'être provisoirement exécutoire. Donc la preuve par témoins de faits *directement* contraires à ceux qui sont constatés par l'acte, mais non *positifs* (en prenant ce mot dans le sens expliqué ci-dessus), n'est pas plus admissible comme Moyen de faux, après le jugement qui admet l'inscription de faux incident, qu'il ne l'était, soit avant le jugement, soit avant que la demande en inscription de faux incident fût formée.

voie le juge pourrait-il jamais s'assurer dans laquelle de leurs deux dépositions ces témoins se seraient rendus faussaires? Et quel acte pourrait alors échapper, dès l'instant qu'on se donnerait la peine de l'accuser de faux, à la corruption ou subornation des témoins? Cependant comme le dit Pothier, *Traité des obligations*, no. 784, ce sont les exemples fréquens de la corruption et de la subornation des témoins, qui ont motivé la défense de toute preuve vocale contre les actes; et ces exemples sont à craindre surtout à l'égard des testamens; car *nihil solet intactum relinquere heres ab intestato proximus, qui se exclusum videt testamento cognati sui*, ut *idem testamentum subvertat ac labefactet*, a dit Stockmans, décis. 12.

» La preuve testimoniale *directe* contraire n'est donc pas plus admissible à l'aide de l'inscription de faux, qu'elle ne l'est hors de cette procédure; et que ferait le juge si, d'un coté, il avait sous les yeux le fait attesté par le notaire et les témoins de l'acte même, et, d'un autre côté, le témoignage, fût-ce de vingt témoins appuyés des témoins instrumentaires, portant que ce fait n'est pas vrai? Par laquelle de ces deux preuves se déterminerait-il?

» Comment se fait donc la preuve du faux moral dans l'inscription de faux? Certes, si la loi a permis de s'inscrire en faux, elle a bien entendu qu'il serait permis d'en faire preuve, même par *titres*, par *témoins* et par *experts*; et c'est ce que dit l'art. 232 du Code; mais cette preuve est-elle la preuve *directe* contraire au contenu de l'acte? Non, et d'abord la loi le fait assez connaître, en supposant une preuve qui puisse se faire par écrit, tandis que jamais, nous venons de le démontrer, une pareille preuve ne peut avoir lieu pour démentir directement le témoignage écrit dans l'acte. Cet article du Code de procédure exprime clairement quels sont les faits dont la preuve sera possible: ce sont *les moyens de faux qui auront été admis*, et ces moyens quels sont-ils? Ce sont, dit l'art. 229, les *faits*, *circonstances et preuves*, *par lesquels* le demandeur *entend établir le faux*. La loi caractérise donc bien la preuve qui est admissible; mais ce n'est pas la preuve *directe contraire* à l'acte argué de faux.

» En droit, on distingue les preuves en *directes* et *indirectes*.....

» Elles sont *directes*, lorsqu'elles prouvent directement le fait dont il s'agit. Telle serait la preuve qui tendrait à établir directement que les témoins n'auraient pas été présens à la dictée et à l'écriture d'un testament; mais déjà nous avons démontré qu'une pareille preuve n'est pas admissible contre un acte authentique.

» Il y a preuve *indirecte* ou *oblique*, quand ce n'est pas le fait en question qui est prouvé précisément, mais bien un autre fait de la certitude duquel on induit la vérité de celui dont il s'agit. La preuve oblique se fait donc par induction d'un fait connu; et, comme le remarque M. Toullier, tome 8, page 14, cette induction peut être *nécessaire* et *infaillible*: par exemple, il devient certain qu'une personne n'a pas signé un tel jour un contrat à Paris, s'il est rigoureusement prouvé qu'elle était le même jour à Brest.

» L'induction que l'on tire d'un fait connu, peut aussi n'être que *vraisemblable*, ou même seulement *probable*: et il n'en résulte alors qu'une présomption plus ou moins forte, plus ou moins faible, enfin une induction sur laquelle le juge peut se tromper, une induction qui laisse, malgré toutes les apparences, subsister la possibilité que ce que l'acte atteste, puisse cependant être vrai.

» C'est exclusivement par la preuve *indirecte* ou *oblique*, que, dans la matière du faux moral, on peut attaquer le contenu de l'acte: les faits qui font l'objet de cette preuve, sont ce que la loi entend par *Moyens de faux*; et de ce que l'acte, bien qu'argué de faux, conserve toute la force qu'il tient de la loi de faire pleine foi de son contenu, il suit encore nécessairement que la preuve *oblique* doit porter sur des faits qui soient de nature à produire l'induction *nécessaire* et *infaillible* qu'il est impossible que ce que l'acte atteste, soit vrai, comme dans l'exemple posé par M. Toullier, lorsqu'il est prouvé que ce lui qui devrait avoir été présent dans un acte à Paris, était à Brest.

» Ainsi, tous les faits qui ne tendent qu'à faire naître une induction, même vraisemblable, et qui laisseraient subsister la possibilité que ce que l'acte atteste, soit vrai, ne sont pas admissibles; car jamais l'induction qu'on en tirerait, ne donnerait le même degré de certitude que donne le témoignage authentique de l'acte: tout ce qui gît en présomptions, hors du cas de présomptions légales, c'est-à-dire, de certains faits déterminés auxquels la loi a attribué cette force, n'est jamais que conjectural, et par conséquent très-incertain.

» Ces principes ne sont pas nouveaux, ils sont ceux de tous les temps: le droit romain n'admettait également pas de preuve *directe* contre le contenu des actes écrits; il permettait d'opposer à ces actes des preuves *indirec-*

tes; et c'est ce qu'explique très-clairement l'empereur Justinien, dans ses Institutes, liv. 3, tit. 20, §. 12: « nous voulons (dit-il, en » rappelant la loi 14, C. *de contrahendâ et* » *committendâ stipulatione*) qu'on ajoute en» tièrement foi aux actes qui déclarent que » ceux qui les ont passés, étaient présens; à » moins que celui qui objecte l'absence, ne » justifie par des preuves manifestes ou des » témoins irréprochables, que lui ou sa partie » était dans un autre lieu, peudant LE JOUR » ENTIER que l'acte a été passé: *tales scriptu-* » *ras, quæ præsto esse partes indicant,* » *omninò esse credendas, nisi is qui talibus* » *utitur improbis allegationibus, manifestis-* » *simis probationibus, vel per scripturam vel* » *per testes idoneos probaverit,* EO TOTO DIE » *quo instrumentum conficiebatur, sese vel* » *adversarium suum* IN ALIIS LOCIS FUISSE ».

» L'empereur Justinien ne dit pas dans ce texte: « à moins que celui qui objecte l'ab» sence, ne justifie, par des preuves irréfra» gables, *qu'ils n'y ont pas été présens* » (ce qui serait un fait directement contraire à l'acte), mais « à moins qu'il ne justifie *qu'ils* » *étaient dans un autre lieu pendant le jour* » *entier que l'acte a été passé* », c'est-à-dire, à moins qu'il n'établisse un fait circonstancié, non directement contraire à l'acte, mais duquel résulte l'induction nécessaire qu'ils ne peuvent pas y avoir été présens, et qu'il ne l'établisse *manifestissimis probationibus:* c'est évidemment comme s'il disait que les Moyens de faux sont les *faits*, les *circonstances* et les *preuves* par lesquels on entend établir que celui que l'acte dit y avoir été présent, n'y a pas été présent.

» Ce n'est pas, encore une fois, qu'il soit impossible de faire une preuve négative directe, contraire à un fait affirmé: bien loin de là, Vinnius dit, dans ses *selectæ quæstiones*, que la maxime *factum negantis probatio nulla est*, ne doit pas s'entendre en ce sens, qu'il serait absolument impossible de prouver une négative, puisqu'il peut y avoir des témoins qui déposeraient négativement contre un fait affirmé par d'autres ou attesté dans un acte; car s'il peut se trouver des témoins qui attestent mensongèrement qu'ils ont été présens, comme la loi le suppose, puisqu'elle admet l'inscription de faux moral, pourquoi n'en trouverait-on pas qui, après coup, attesteraient mensongèrement en sens contraire? Mais c'est qu'une preuve affirmative prévaut toujours à la négative, parceque, bien que vingt témoins disent que ce qu'un acte atteste n'est pas vrai, il restera toujours possible qu'il soit vrai: *finge viginti vel centum testes dicere se non vidisse mihi numerari pecuniam, non tamen hoc probatum est; potest enim nihilominùs verum esse me accepisse pecuniam; hinc vulgò doctores aiunt pluris esse unum testem affirmantem quàm viginti negantes.*

» L'auteur expliquant ensuite comment une affirmative peut être détruite par une preuve contraire, ajoute: *priùs aliquid ponendum ex quo id quod negatur, per consequentiam necessariam deducitur:* et c'est ainsi que du fait de l'*alibi* l'on tire l'induction infaillible que celui que l'acte relate y avoir été présent, ne l'a pas été.

» Par là, il est démontré 1°. que le fait qui forme la base de la preuve *oblique* contre le contenu aux actes, doit avoir un caractère tel qu'il ne laisse point subsister de possibilité que ce contenu soit vrai; et voilà pourquoi l'empereur Justinien exige que *l'alibi* porte sur *le jour entier* dans le cours duquel l'acte a été passé; 2°. que ce fait doit être *circonstancié*, qu'il ne suffit pas de prouver *l'alibi*, sans prouver en quel lieu était celui qu'on prétend ne pas avoir été présent à l'acte, *in aliis locis fuisse;* 3°. enfin, que la preuve du fait qui sert de base à la preuve *oblique*, doit être claire: *manifestissimis probationibus.*

» Si donc il était dit dans un acte, qu'il a été passé à *huit heures du matin*, et qu'on prouvât qu'à huit heures celui qui devrait y avoir été présent, était ailleurs, cet *alibi* ne détruirait pas le fait attesté, parceque bien qu'à l'heure indiquée par l'acte, il ait été *in aliis locis*, il n'en suivrait pas nécessairement qu'il n'a pas été présent à l'acte, puisqu'il serait possible que l'acte eût été passé à une autre heure du même jour, et que le rédacteur se fût trompé dans l'indication de l'heure.

» Supposons un notaire dont la montre soit restée arrêtée sur huit heures, et qui ait dit que l'acte a été passé à huit heures, tandis qu'il était onze heures: il est certain que, si à onze heures, celui qui est dit y avoir été présent, y a été véritablement présent, cet acte ne renfermerait pas un faux; et qu'ainsi le déclarer faux sous le prétexte qu'il serait prouvé qu'à huit heures, il était *in aliis locis*, ce serait faire une criante injustice, alors même qu'on ne prouverait pas que le notaire se fût trompé sur l'heure.

» Comment défendre l'acte, s'il fallait prouver qu'il était onze heures quand il a été passé? De quelle manière établirait-on jamais, si ce n'est par l'acte même, que, dans le moment de sa passation, n'importe l'heure, la partie

n'était pas *in aliis locis?* Une méprise sur l'heure, et par conséquent sur un fait qui ne tient pas à la substance de l'acte, suffirait donc pour le faire déclarer faux; et il serait déclaré tel, faute d'avoir prouvé qu'il était onze heures, au lieu de huit, quand il a été passé.

» Ces principes du droit romain sont exactement ceux du Code de procédure. L'art. 232 permet, en cas d'inscription de faux, de prouver contre le contenu aux actes, par *titres* et *par témoins*, quoi? l'art. 232 le dit, *les Moyens de faux* seulement; et l'art. 229 définit ces moyens, les *faits*, *circonstances* et *preuves* par lesquels le défendeur entend établir qu'il y a faux ou falsification dans l'acte. Ainsi, aujourd'hui encore, trois choses très-distinctes constituent *les Moyens de faux*, savoir, 1°. les *faits*, 2°. les *circonstances*, 3°. les *preuves*; et il doit être prononcé sur leur pertinence par un jugement spécial qui termine le second degré du procès.

» L'art. 233 veut que les *Moyens de faux*, c'est-à-dire, les faits, circonstances et preuves, soient *expressément énoncés* dans le jugement, et qu'il ne soit fait preuve d'aucun autre : ce qui suppose des faits si bien précisés par leurs circonstances, qu'il ne soit pas possible d'en faire entrer d'autres dans la preuve. La loi veut que le défendeur soit exactement informé de tout ce que son adversaire pourra prouver, pour qu'il sache sur quoi diriger sa preuve contraire.

» Ces articles achèvent de convaincre que, dans les Moyens de faux, il n'est pas permis de faire entrer le fait formant la base de l'inscription même, tel qu'est dans l'espèce, le fait que les témoins n'auraient pas été présens à la dictée et à l'écriture; car ce fait ayant déjà été apprécié par le jugement d'admissibilité, la pertinence ne peut plus faire l'objet d'une nouvelle discussion, comme il ne saurait être plus expressément énoncé par un second jugement, qu'il ne l'est déjà par celui qui statue sur l'admissibilité de l'inscription.

» Ce fait comprend tout, il enveloppe toutes les circonstances par lesquelles il peut être vérifié que les témoins n'ont pas été présens à la dictée et à l'écriture; et il est impossible de concevoir un fait qui fût plus décisif. Ainsi, s'il pouvait être compris parmi les Moyens de faux et être admis comme fait à prouver, non-seulement il serait inutile d'y accoler d'autres faits, mais le demandeur aurait toute latitude pour faire déposer les témoins, par leurs raisons de science, sur toute espèce de faits et de circonstances propres à établir que les témoins instrumentaires n'ont pas été présens à la dictée et à l'écriture; et dès-lors, la défense de faire preuve d'autres faits que de ceux expressément énoncés dans le jugement d'admission des moyens de faux, deviendrait illusoire.

» Les faits qu'il est permis d'admettre comme Moyens de faux, doivent sans doute, et avant tout, avoir un caractère tel qu'il en résulte infailliblement que le fait attesté par l'acte, ne saurait être vrai; mais déjà il a été démontré par les lois citées, que ce caractère seul ne suffit pas; qu'ils doivent encore être *pertinens*. Ainsi, bien que du fait, par exemple, que celui qui devrait avoir été présent tel jour à un acte passé à Bruxelles, était ce jour là même à cent lieues de là, il faille nécessairement conclure qu'il ne peut pas y avoir été présent, ce fait ne pourrait cependant pas être admis comme fait à prouver; mais il faudrait y ajouter le lieu où il était, *in aliis locis fuisse*; et c'est encore ce que l'art. 229 du Code indique par le mot *Circonstances*.

» C'est aussi ce qui résulte nécessairement du principe, que l'acte fait pleine foi en justice; car dire qu'un acte fait pleine foi, n'est-ce pas dire qu'avec la preuve qu'il fait, on pourra le défendre contre tous faits quelconques qu'on lui opposerait, et qui seraient de nature à ne pas pouvoir être combattus autrement que par l'acte même?

» Cela résulte encore et non moins nécessairement du principe, que les faits à prouver doivent être expressément désignés dans le jugement, et qu'il n'est permis de faire preuve d'aucun autre.

» En effet, des faits incompatibles avec le contenu de l'acte, mais non circonstanciés, se réduisent, en dernière analyse, à une simple dénégation du fait qu'il atteste; et comme à la simple dénégation du fait que les témoins ont été présens à la dictée et à l'écriture, on ne pourrait jamais opposer d'autre preuve que l'acte même; comme, d'un autre côté, si cette preuve ne suffisait pas, il ne serait plus vrai de dire que l'acte fait pleine foi de son contenu : il est clair qu'il doit en être de même de tout autre fait qui, quelle que soit la tournure qu'on lui donne, se réduit à une simple dénégation.

» L'acte authentique fait pleine foi, non-seulement de ce qu'il atteste *directement*, comme dans l'espèce, que les témoins ont été présens à la dictée et à l'écriture, mais aussi de ce qu'il atteste *obliquement*, c'est-à-dire, de ce qui en est une suite nécessaire et infaillible : il fait donc pleine foi que les témoins n'étaient pas ailleurs pendant la dictée et l'écriture, que la dictée et l'écriture n'ont pas

eu lieu avant l'arrivée des témoins chez le testateur; qu'ils ont été en sa présence pendant tout le temps requis pour le faire : et à ces faits attestés indirectement, il ne peut pas plus être opposé une simple dénégation, qu'à ceux attestés directement : il faut, pour attaquer le contenu de l'acte sur les uns, comme sur les autres, des faits circonstanciés, desquels résulte l'induction nécessaire que ceux attestés ne sauraient être vrais.

» Dévier de ces principes, ce serait nécessairement supposer une chose absurde : ce serait nécessairement supposer qu'un acte authentique n'offre par lui-même aucune garantie à la partie dans l'intérêt de laquelle il est passé, et qu'il faut que cette partie se ménage, au moment même où elle le passe, une preuve supplémentaire et extérieure, pour le défendre dans le cas où on l'attaquerait par des faits de nature à ne pouvoir être atteints ou combattus autrement que par cet acte même.

» Ce serait par conséquent mettre cet acte à la merci du faux témoignage, sans qu'il fût jamais possible de démentir les faux témoins; ce serait en faciliter la subornation et la corruption, qui sont tant à craindre, surtout lorsqu'il s'agit d'un testament attaqué par l'héritier *ab intestat*.

» Par exemple, si, contre un testament, on articulait, comme moyens de faux, que les témoins qui devraient y avoir été présens, étaient ce jour à cent lieues de là, sans préciser l'endroit où ils étaient, ou que ce testament avait déjà été dicté et écrit d'avance, lorsque les témoins sont arrivés près du testateur, sans autre indication; ou enfin que, tandis qu'il eût fallu une heure pour le faire, les témoins n'ont été en présence du testateur qu'une demi-heure, comment l'héritier, qui a le testament à défendre, prouvera-t-il jamais autrement que par cet acte, le contraire de ces prétendus Moyens de faux?

» Il devrait, dans la première de ces hypothèses, commencer par recenser tous les lieux dans lesquels les témoins pourraient avoir été, et établir ensuite qu'ils n'ont été dans aucun; et c'est déjà ce qui est, *in rerum naturâ*, impossible à prouver. Il devrait, dans le second cas, supposer toutes les circonstances imaginables par lesquelles il eût pu arriver que le testament eût été dicté et écrit d'avance, et prouver ensuite qu'aucune de ces circonstances n'a eu lieu. Enfin, dans la troisième supposition, il devrait commencer par établir combien il a fallu de temps pour faire l'acte, supposons une heure, et après cela repasser tous les endroits où les témoins pourraient avoir mis les pieds le jour de la confection du testament; prouver ensuite qu'ils n'ont pas été assez long-temps dans ces divers endroits, pour qu'ils n'aient pu avoir été qu'une demi-heure en présence du testateur. L'on sent que, dans une telle théorie, c'en serait fait de l'autorité des actes authentiques, qu'elle deviendrait complètement nulle.

» Si les témoins instrumentaires eux-mêmes, et, si l'on veut, vingt autres avec eux, viennent déposer vaguement, ou que, le jour de l'acte, ils étaient à cent lieues de là, ou que, lorsqu'ils arrivèrent chez le testateur, le testament était déjà totalement écrit, ou qu'ils n'y sont restés qu'une demi-heure, sans y ajouter des renseignemens ou des circonstances qu'il serait possible d'atteindre autrement que par l'acte, de quelle manière pourrait-on jamais leur donner un démenti? Comment pourrait-on établir que leur témoignage est faux? Cependant il est bien certain que ces témoins instrumentaires qui déposeraient ainsi contre leur premier témoignage, ou seraient faussaires dans leur déposition, ou qu'ils l'auraient été dans l'acte (1).

» De quelle manière, nous le répétons, prouverait-on jamais, si ce n'est par l'acte, que ces témoins n'étaient pas à cent lieues de là au moment de sa passation, que le testament n'avait pas été écrit d'avance, qu'ils ont été en présence du testateur pendant tout le temps nécessaire pour le rédiger, et ainsi que, s'il a fallu une heure, ils y ont été présens pendant l'heure entière? Comment enfin le juge s'assurerait-il jamais dans lequel de leurs deux témoignages ils se sont rendus faussaires?

» Dira-t-on que le juge commissaire à l'enquête les interpellera de s'expliquer, dans leurs raisons de science, sur le lieu où ils étaient au moment de la dictée et de l'écriture, sur les circonstances par lesquelles ils se sont déterminés à déposer que l'acte avait été écrit d'avance, sur les lieux où ils ont été pendant le jour entier de la passation de l'acte, à l'exception de la demi-heure qu'ils auraient passée en présence du testateur?

» Mais que faire alors de l'art. 233 du Code de procédure, qui exige impérieusement que tous les faits dont la preuve est admise, soient énoncés *expressément*, et qu'il ne soit permis de faire preuve d'aucun autre? Le défendeur n'apprendrait donc que par la déposition des témoins, ceux des faits que, dans sa preuve contraire, il peut atteindre autrement que

(1) *V.* l'article *Témoin instrumentaire*, §. 2, n°. 8.

par l'acte, et jusqu'alors on ne lui ferait connaître que des faits auxquels il n'aura dans sa preuve à opposer que l'acte même.

» Le demandeur en faux, pour peu qu'il eût d'adresse, n'en agirait jamais autrement ; il articulerait, par ses Moyens de faux, des faits décisifs, mais non circonstanciés, par exemple, que les témoins étaient ailleurs au moment de la dictée et de l'écriture, sans ajouter l'endroit où ils étaient. Le défendeur, se reposant sur la foi de l'acte, verrait qu'à ce fait il n'a pas besoin d'opposer d'autre preuve; il ne se mettrait pas en peine de faire, dans le délai fatal, une contre-enquête dont il croirait n'avoir pas besoin; et ce ne serait que, par les raisons de science des témoins, qu'il apprendrait le lieu où ils diraient avoir été au moment qu'ils devraient avoir été présens à l'acte ; il ne l'apprendrait que lorsqu'il serait trop tard pour opposer à cette indication de lieu une preuve contraire; et ainsi, les témoins pourraient, sans crainte d'être démentis, déposer mensongèrement sur le lieu où ils devraient avoir été dans le moment de l'acte....

» Disons donc que, du précepte de la loi d'énoncer *expressément* les faits à prouver comme Moyens de faux, et de la défense de faire preuve d'aucun autre, il résulte invinciblement que la preuve ne peut être admise d'aucun fait qui soit de nature à faire entrer dans les raisons de science des témoins, des Moyens de faux autres que ceux qui ont été communiqués et exprimés dans le jugement ; qu'ainsi, on ne peut comprendre dans les faits composant les Moyens de faux, ni le fait articulé par l'inscription même, ni aucun fait, quel qu'il soit, non assez circonstancié pour que les raisons de science doivent se restreindre au fait et aux circonstances indiquées.

» Si, dans une inscription de faux portant sur le fait que celui qui devrait avoir été présent à un acte passé à Bruxelles, n'y a pas été présent, le demandeur se borne à indiquer, comme Moyen de faux, que cet individu a été ce jour entier à Gand, les raisons de science des témoins produits à l'enquête, ne pourront porter que sur les faits propres à établir ce séjour à Gand; mais si à ce fait il peut accoler celui *que cet individu n'a pas été présent à l'acte*, les témoins devraient être entendus, dans leurs raisons de science, sur tous faits quelconques par lesquels on peut vérifier que cet individu n'y aurait pas été présent, par exemple, qu'il était à Anvers ou ailleurs, et ainsi sur des Moyens de faux non indiqués : la défense de la loi serait donc rendue illusoire.

» Cependant l'art. 233 prouve combien elle est sévère sur ce point ; car, après avoir fait cette défense, il ajoute immédiatement que les experts pourront faire telles observations, dépendantes de leur art, qu'ils jugeront à propos : la loi a vu que le juge, auquel il est permis de ne pas être versé dans l'art des experts, ne pourrait pas indiquer dans le jugement les faits qui feraient l'objet de ces observations, et cette exception confirme le principe pour les cas non exceptés.

» A quoi d'ailleurs servirait au défendeur la faculté que la loi donne de faire preuve contraire? L'art. 232, après avoir dit que les Moyens de faux seront prouvés par titres et par témoins, ajoute : *sauf au défendeur la preuve contraire*, ce qui suppose nécessairement que, par la nature des faits posés, il sera assez instruit pour pouvoir contrôler la preuve de son adversaire, et qu'ainsi ces faits seront tellement précisés qu'il ne sera pas possible de donner le change sur ceux qu'on veut faire entrer dans la preuve, et que le défendeur pourra les atteindre, les contrôler par d'autres élémens que l'acte seul.

» Toutefois qu'il s'agit de faux *matériel*, l'indication du faux même laisse régulièrement entrevoir des traces qu'il est possible d'atteindre par des preuves hors de l'acte ; mais il n'en est pas de même du faux *moral*, lequel consiste dans une simple dénégation du fait attesté par un acte authentique, d'un fait dont on n'a pu ni dû se ménager une autre preuve, et dont on ne saurait concevoir de preuve plus forte que celle de l'acte même. Il demeure donc constant que des faits ne peuvent être admis comme Moyens de faux, s'ils ne sont de nature à faire naître l'induction *nécessaire et infaillible*, que ce que l'acte certifie, ne pourrait être vrai; et s'ils ne sont *circonstanciés*, c'est-à-dire, si ce ne sont des faits *extérieurs* sur lesquels l'acte même n'est point *circonstancié*, et qu'il est possible d'atteindre autrement que par l'acte seul.

» Un acte authentique, passé tel jour à Bruxelles, atteste bien que celui qu'il dit y avoir été présent, n'était pas ce jour même à cent lieues de là; mais il n'atteste pas circonstantiellement qu'il n'était pas ce jour même à Paris; et ainsi, opposer à cet acte que celui qui devrait y avoir été présent, était alors à cent lieues de là, sans dire qu'il était à Paris, n'est, dans la réalité, que contrarier l'acte dans une assertion qu'il atteste; et à ce fait il est impossible d'opposer, en preuve contraire, d'autre autorité que l'acte même.

» Mais opposer à cet acte, que celui qui devrait y avoir été présent, était à Paris, c'est opposer un fait sur lequel l'acte même n'est pas circonstancié, et qu'on peut atteindre par d'autres élémens de preuve, comme l'on peut s'assurer si les témoins qui déposent du fait du séjour à Paris, disent vrai : c'est là le but qu'a eu la loi en exigeant que les faits fussent circonstanciés, et l'on ne saurait s'écarter de ces principes, sans rendre précaire la foi des actes, et ouvrir un champ libre à la subornation et à la corruption des témoins.

» Un testament qui mentionne que les témoins ont été présens à la dictée et à l'écriture, atteste bien aussi que ce testament n'a pas été dicté ni écrit d'avance, que les témoins y ont été présens pendant le temps nécessaire pour le rédiger et lui donner sa perfection; mais il n'atteste pas circonstantiellement que ce testament n'a pas été vu antérieurement tout écrit; que, pendant le temps nécessaire pour toutes les opérations, les témoins n'étaient pas dans quelqu'autre endroit déterminé.

» N'opposer à cet acte que le fait seul qu'il était écrit d'avance, que les témoins n'y ont été présens qu'une demi-heure, tandis qu'une heure entière était nécessaire, ne serait encore une fois que nier des faits qu'il atteste, et auxquels, en preuve contraire, on n'aurait à opposer que l'acte seul; mais y opposer circonstantiellement que le testament a été vu tout écrit avant l'arrivée des témoins; que, le jour entier de la passation, ils ont été dans un autre lieu indiqué, une demi-heure seulement exceptée, ce serait alléguer des faits sur lesquels l'acte n'est pas circonstancié, et auxquels on pourrait opposer, comme preuve contraire, d'autres élémens que l'acte seul.

» La loi ne se contente point des *faits* et *circonstances*, elle veut que le demandeur indique aussi les *preuves* de ces faits et circonstances. Et qu'entend-t elle par *preuves?* L'art. 229 n'entend certainement pas que le demandeur, après avoir fait dans son écrit l'énumération des faits et circonstances desquels il veut faire conclure que l'acte mentionne un faux, finisse par dire qu'il les prouvera par *titres, témoins et experts,* ou de l'une de ces manières seulement; à quoi, en effet, une telle indication pourrait-elle jamais être utile?

» La loi veut l'indication des *preuves*, parceque ce n'est point assez d'articuler, contre un acte, des faits graves et même très-circonstanciés, pour être admis à les prouver; une accusation téméraire est souvent hasardée dans la vue d'arriver à une transaction, et rien n'est aussi facile que d'inculper un acte de faux, et d'inventer des faits et circonstances pour servir de Moyens de faux; la loi veut que le demandeur indique les preuves qu'il pourrait en administrer.

» Mais s'il se bornait à dire qu'il veut prouver par *titres*, *témoins* ou *experts*, les faits et les circonstances qu'il articule, il ne dirait rien de plus que ce que l'art. 232 du Code exprime textuellement : c'est donc comme s'il se contentait de dire qu'il fera sa preuve *de la manière que la loi le permet.* Et qu'apprendrait-on de plus par là que ce qu'on sait déjà par la loi même?

» Il est donc évident que la loi entend par *preuves*, le mérite des preuves elles-mêmes; et qu'en obligeant le demandeur de les préciser, elle a pour objet de mettre le juge en état d'apprécier si le demandeur sera bien à même de prouver les faits qu'il avance, si la preuve qu'il offre pourra atteindre le degré de certitude requise pour être opposée à l'autorité de l'acte, et surtout si les faits et circonstances articulés sont susceptibles de la preuve qui en est offerte, parcequ'en dernière analyse, ce n'est que par cette preuve que la foi de l'acte pourra être détruite.

» Nous disons, *si les faits et circonstances articulés sont susceptibles de la preuve qui en est offerte*, et ceci ne signifie pas *si le demandeur pourra trouver des témoins qui en déposeront;* car, dès qu'il faut croire à la possibilité de la subornation et corruption, on ne peut se refuser de croire aussi qu'il est possible de trouver des témoins prêts à déposer sur toute espèce de faits; mais nous voulons dire : *si, par la nature des choses, il serait permis d'ajouter foi à leurs dépositions.*

» On aura donc à examiner par quels témoins le demandeur pourra faire attester les faits qu'il avance; si c'est par des témoins étrangers dont la foi ne sera pas suspecte, ou si c'est par les témoins instrumentaires mêmes; et il est assez sensible que, si l'on articulait des faits et des circonstances sur lesquels les dépositions de ceux-ci, non appuyées par d'autres, ne mériteraient aucune foi, ou qui seraient de nature à ne pouvoir être établis que par une preuve douteuse et incertaine, ces faits et circonstances, bien que pertinens, devraient être rejetés.

» Par exemple, s'il faut, pour les prouver, préciser, à une différence près, non assez sensible pour qu'il soit permis de croire qu'on peut se tromper, combien il a fallu de temps pour faire un acte, et combien de temps les témoins instrumentaires qu'il énonce y avoir été présens, ont été dans la maison où cet

acte a été passé; oserait-on jamais compter sur un tel calcul pour déclarer un acte faux? Est-il possible de mesurer le temps nécessaire pour faire un acte, comme on mesure celui qu'il faut pour parcourir telle ou telle distance? Et peut on jamais avoir la certitude que les témoins qui déposeraient sur la précision de l'heure à laquelle les témoins instrumentaires sont sortis de la maison où l'acte a été passé, ne se trompent pas sur l'heure, ou s'ils n'ont pas été induits en erreur par l'horloge qu'ils ont consultée?

» Si l'on articulait donc que les témoins instrumentaires n'ont été dans la maison, à l'occasion de l'acte, qu'une demi-heure; si l'on ajoutait vaguement qu'il n'a pu se faire en aussi peu de temps, et qu'on offrît de prouver ces faits, fût-ce par experts et par témoins étrangers, pourrait-il être permis d'en conclure que de la preuve de ces faits il résulterait que ces témoins n'ont pas été présens à toutes les opérations? Serait-il permis d'en tirer cette conclusion, s'il n'y était pas ajouté avec précision qu'il eût fallu au moins tel espace notable de temps pour faire l'acte? Non sans doute, parcequ'il serait impossible d'avoir la certitude que, dans la preuve, on ne se fut pas trompé sur la précision du temps, à une légère différence près ».

Sur ces moyens, arrêt du 20 février 1820, par lequel,

« Attendu que, d'après l'art. 229 du Code de procédure civile, le demandeur doit signifier au défendeur ses Moyens de faux, lesquels contiendront les faits, les circonstances et les preuves par lesquels il prétend établir le faux; d'où il suit, que *non seulement il doit articuler des faits pertinens à l'appui de son inscription en faux, mais de plus faire connaître les circonstances de ces faits, et les moyens de preuve qu'il se propose d'employer pour les établir*;

» Attendu que les faits principaux articulés dans l'écrit des Moyens de faux, signifié au défendeur le 29 janvier dernier, sont 1°. *que l'acte était écrit jusqu'au dernier alinéa, lorsque les témoins ont été appelés près du testateur*; 2°. *que ces témoins n'ont pas entendu le sieur Vanalstein dicter son testament*; 3°. *que les témoins n'ont vu le testateur que pendant le court intervalle de vingt minutes, et qu'il est physiquement impossible que, pendant cet intervalle, le sieur Vanalstein ait dicté le testament, que le notaire Devink l'ait écrit, qu'il en ait fait lecture au testateur, et que celui-ci, le notaire et les témoins l'aient signé*;

» Attendu que, si ces faits, à l'exception du deuxième, *qui n'est que la répétition du Moyen de faux, que les témoins n'étaient pas présens à la dictée et à l'écriture du testament*, étaient prouvés, il en résulterait que l'énonciation dans l'acte, que le testament a été dicté et écrit en présence des témoins, serait fausse; qu'ainsi, lesdits faits seraient pertinens; mais que, pour les faire admettre comme tels, les demandeurs sont tenus de se conformer au prescrit de l'art. 229 susdit, *en indiquant dans leur écrit les circonstances et moyens de preuve par lesquels ils entendent établir le faux*;

» Attendu que les demandeurs, dans leur écrit du 20 janvier, n'ont articulé, sur le premier fait, qui est celui *que l'acte était écrit jusqu'au dernier alinéa, lorsque les témoins ont été appelés près du testateur*, aucune autre circonstance ni moyen de preuve, si ce n'est la minute de l'acte dans laquelle ils disent qu'il existe une différence entre l'écriture qui commence le dernier alinéa avec celle qui précède, et leur demande d'une nomination de trois experts en écriture;

» Sur la partie du troisième fait, que les témoins n'ont vu le testateur que pendant le court intervalle de vingt minutes, les demandeurs n'ont articulé dans leur écrit aucune *circonstance* ni *moyen de preuve* qui tendrait à constater ce fait; tous les articles concernant l'état physique du testateur n'étant relatifs qu'à la deuxième partie de ce fait, savoir, qu'il est impossible que, dans l'intervalle de vingt minutes, le testament ait été dicté et écrit en présence des témoins;

» D'où il suit que les demandeurs, par leur écrit signifié, n'ont pas satisfait à ce que prescrit l'art. 229 du Code de procédure, *en ce que cet écrit ne contient pas une désignation suffisante des circonstances et preuves par lesquelles ils entendent établir le faux*;

» Attendu que l'article du Code de procédure qui veut qu'après la signification de l'écrit de défense, la cause portée à l'audience, il y soit statué sur les moyens de faux, ne s'oppose pas à ce que le juge, qui trouve les moyens pertinens, n'ordonne d'en développer davantage les circonstances et preuves;

» Par ces motifs, M. l'avocat général Destoop entendu et de son avis, la cour ordonne aux demandeurs de signifier aux défendeurs un écrit en complément de celui du 29 janvier, contenant les circonstances des faits et preuves par lesquels ils entendent établir le faux, *excepté le fait énoncé dans ledit écrit que les témoins n'ont pas entendu Vanalstein dicter ses dispositions de dernière volonté, lequel fait rentrer directement dans le moyen de faux que les témoins n'ont pas été pré-*

sens à la dictée et à l'écriture faite par le notaire ».

Cet arrêt renferme, comme l'on voit, toute la théorie sur la matière.

Il décide formellement que, dans l'inscription de faux formée contre un testament, à l'effet d'établir qu'il n'est pas vrai que les témoins aient été présens à la dictée et à l'écriture de l'acte, il n'est point permis d'admettre la preuve directe du fait qu'ils n'ont assisté ni à l'une à ni l'autre; et que l'on ne peut faire *rentrer dans les Moyens de faux*, ni le fait articulé par l'inscription de faux elle-même, ni *tous autres qui y rentrent directement*.

Il décide encore que le fait *que l'acte, lorsque les témoins arrivèrent près du testateur, était déjà écrit jusqu'au dernier alinéa, non autrement circonstancié jusqu'alors que par une différence d'écriture dans cette partie de l'acte, différence qu'on prouverait par experts*, n'est point assez circonstancié pour être admis comme fait à prouver.

Il décide enfin qu'à la vérité, le fait *que les témoins n'auraient été en présence que vingt minutes*, tandis qu'il eût fallu beaucoup plus de temps, est concluant pour établir que les témoins ne peuvent avoir été présens à toutes les opérations dont se composait le testament, mais qu'il n'est pas *assez circonstancié* pour être admis, et que dénué qu'il est de circonstances qui le rendent vraisemblable, l'acte seul suffit pour l'écarter.

En un mot, il saisit et développe parfaitement l'esprit de l'art. 229 du Code de procédure.

Les principes qu'il avait consacrés, ont été reproduits, l'année suivante, devant la troisième chambre de la même cour, mais ils n'y ont pas obtenu le même succès. La troisième chambre les a-t-elle méconnus, on a-t-elle seulement trouvé qu'ils n'étaient pas applicables, dans tous les points, à l'affaire dans laquelle les invoquait le défendeur à l'inscription de faux? On va en juger.

Un arrêt du 19 avril 1815, rapporté à l'article *Témoin instrumentaire*, §. 2, n°. 7, avait, en réformant un jugement du tribunal de première instance de Nivelles, admis Marie-Antoinette du Coffre, veuve Chaudron, à s'inscrire incidemment en faux contre le testament de feu Jean Lavary, passé à Nivelles, le 19 mai 1814, neuf heures et demie du matin, devant un notaire et quatre témoins, en ce qu'il énonçait qu'il avait été dicté et écrit en présence de ceux-ci; et avait renvoyé la cause devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

Le 11 mai 1819, la dame Chaudron a fait signifier aux légataires un acte contenant ses Moyens de faux : ils consistaient à dire, avec offre de prouver par témoins,

« 1°. Que le jour où le testament fut passé, les sieurs Meuront et Wyrekens, deux des personnes indiquées comme témoins audit testament, étaient, à sept heures du matin, à entendre la messe dans l'église Saint-Nicolas à Nivelles;

» 2°. Que la servante de feu le testateur s'était rendue aux domiciles desdits Meuron et Wyrekens pour les inviter à être présens à la passation du testament de feu son maître; que leurs épouses annoncèrent qu'ils étaient à la messe, et qu'elles feraient la commission aussitôt leur rentrée;

» 3°. Que lesdits Meuron et Wyrekens sont rentrés chez eux vers neuf heures du matin, et que ce n'est que quelques instans après leur retour qu'ils se sont rendus au domicile dudit Lavary;

» 4°. Que la grand'messe des dimanches et fêtes commence à sept heures et demie, et que la durée est de cinq quarts d'heure au moins;

» 5°. Quelle a eu au moins cette durée ledit jour 19 mai 1814;

» 6°. Que le jour de la passation du testament, était un jour de fête conservée (l'Ascension); et que c'est ladite grand'messe que Meuron et Wyrekens ont alors entendue;

» 7°. Qu'aucune des quatre personnes désignées comme témoins au testament argué, n'a été présente à sa dictée;

» 8°. Qu'aucune d'elles n'a ouï cette dictée;

» 9°. Que le testament n'a pas été écrit sous la dictée du testateur, en présence des témoins;

» 10°. Que Meuron et Wyrekens ne sont restés au domicile du sieur Lavary, le jour où son testament a été fait, et à l'occasion dudit testament, qu'une demi-heure tout au plus;

» 11°. Qu'aucune des quatre personnes y désignées comme témoins, n'est arrivée au domicile du testateur avant neuf heures du matin dudit jour;

» 12°. Que le sieur Wyrekens y est entré le premier;

» 13°. Que les trois autres personnes n'y sont arrivées qu'ensuite et successivement l'une après l'autre;

» 14°. Qu'aucune de ces personnes n'a vu écrire ledit testament;

» 15°. Qu'il n'a été écrit en présence d'aucune d'elles;

» 16°. Que le testament était écrit, quand lesdites personnes sont arrivées à la demeure du défunt;

» 17°. Qu'à l'époque dont il s'agit, le testateur était malade et gardait le lit;

» 18°. Qu'il est matériellement impossible qu'un testament, tel que celui que la demanderesse argue, et qui contient onze pages de la dimension du timbre de cinquante centimes, ait été dicté, écrit, lu et signé dans l'intervalle d'une demi-heure;

» 19°. Que le notaire instrumentaire se trouvait déjà à la maison du testateur, lorsque les personnes qualifiées de témoins, y arrivèrent;

» 20°. Que ledit notaire s'est alors borné à demander leurs noms, prénoms et autres renseignemens de ce genre, qu'il a aussitot insérés dans son acte;

» 21°. Que ledit notaire en a fait la clôture et la lecture, et que là s'est borné exclusivement ce qui a été fait en présence desdites quatre personnes;

» Et 22°. qu'il résulte d'autant plus manifestement de l'inspection de la minute du testament argué, que les choses se sont passées ainsi qu'il vient d'être dit ci-dessus, qu'on remarque visiblement que ladite minute est écrite de deux espèces d'encre différentes, tellement que le corps de l'acte ne saurait avoir été écrit au même moment que les noms, prénoms et qualités desdites quatre personnes et la clôture de l'acte, puisque, pour les dernières parties, on s'est servi d'une encre essentiellement autre que celle du corps de l'acte lui-même ».

Les légataires, défendus par M. Kockaert, se sont opposés à l'admission de ces moyens de faux : ils ont soutenu que le 7e., le 8e., le 9e., le 14e., le 15e., le 16e. et le 20e. faits étaient inadmissibles, parcequ'ils étaient directement contraires à ceux que constatait le testament, et que le testament pouvait seul constater; et que les autres ne pouvaient pas être admis parcequ'ils étaient insignifians.

Le 28 juillet de la même année, jugement qui déclare tous ces faits « pertinens et admis» sibles pour établir le faux, et permet à la » dame Chaudron d'en faire la preuve par » tous moyens et notamment par témoins ».

Appel, et après de longues plaidoiries, arrêt du 13 juin 1821, qui met l'appellation au néant, « attendu que des faits, circonstances » et preuves allégués par l'intimée, pour établir » le fait essentiel sur lequel elle base son ins» cription de faux, savoir, que le testament de » feu Michel-Archange Lavary, décédé à Ni» velles le 19 mai 1814, et reçu par Paradis, » notaire audit Nivelles, énonce faussement » qu'il a été dicté et écrit en présence des té» moins y désignés, s'ils étaient vérifiés, il » pourrait naître une preuve suffisante de » l'existence du faux susénoncé; d'où il suit que » les Moyens de faux articulés par l'intimée, » et qui sont individués dans le jugement » dont est appel, sont pertinens et admis» sibles ».

Il faut convenir que, parmi les faits déclarés admissibles, il y a en avait plusieurs qui en avaient véritablement le caractère : c'étaient ceux qui tendaient à établir que les témoins instrumentaires n'avaient pas pu se trouver plus d'une demi-heure en présence du testateur et du notaire; car il en résultait nécessairement que ces témoins n'avaient pas pu être présens à la dictée et à l'écriture d'un acte *contenant onze pages de la dimension du timbre de cinquante centimes.*

Il n'est donc pas étonnant que l'arrêt ait confirmé, quant à l'admission de ces faits, le jugement de première instance.

Mais on conçoit difficilement qu'il l'ait confirmé, en tant qu'il déclarait également pertinens et admissibles le 12e., le 13e. et le 19e. faits consistant à dire que le témoin Wyrekens était le premier à la maison du testateur, que les trois autres n'y étaient arrivés qu'après lui et successivement, et que le testateur était alors malade et gardait le lit. Ces faits étaient évidemment trop insignifians pour qu'il les prît en considération.

On ne conçoit pas mieux qu'il ait confirmé ce jugement, en tant qu'il déclarait pertinens et admissibles les 7e., 8e., 9e., 14e., 16e., 20e. et 21e. faits ; car ils se réduisaient à dire : *il n'est pas vrai que les témoins instrumentaires aient été présens à la dictée et à l'écriture du testament ;* et quand il n'existerait pas, contre l'admissibilité d'un pareil moyen de faux, une autorité aussi grave et aussi précise que celle de l'arrêt de la cour de cassation, du 18 février 1813, rapporté ci-dessus, il ne faudrait que du bon sens pour le rejeter.

Que conclure de tout cela ? Une chose fort simple : c'est qu'en rendant l'arrêt dont il s'agit, la troisième chambre de la cour de Bruxelles s'est attachée principalement aux Moyens de faux qui étaient véritablement pertinens et admissibles, et qu'entraînée par la considération de l'influence qu'ils devaient avoir sur la preuve, elle a fermé les yeux sur l'insignifiance et l'inadmissibilité des autres.

Mais qu'a-t-elle fait en amalgamant ainsi des moyens qu'elle devait distinguer, et en les admettant tous en masse, par la seule raison qu'il y en avait d'admissibles ? Elle n'a pas seulement violé l'art. 231 du Code de pro

cédure, qui veut que, par le jugement qui statue sur les Moyens de faux, ils soient *admis* ou *rejeté en tout* ou *en partie*, elle a encore exposé les légataires au grave et irréparable inconvénient de se trouver dans l'impossibilité de contredire, par une preuve contraire, les *raisons de science* que les témoins produits par l'héritière *ab intestat*, pourraient donner, dans leurs dépositions, des faits insignifians et inadmissibles sur lesquels ils seraient interrogés en présence du juge-commissaire à l'enquête.]].

MULATRE. *V.* l'article *Gens de couleurs.*

* MUNICIPALITÉ. C'est le corps des officiers municipaux.

Chez les Romains, les villes appelées *Municipia* étaient originairement les villes libres, qui, par leurs capitulations, s'étaient rendues et adjointes volontairement à la république romaine, et en avaient reconnu la souveraineté, en gardant néanmoins leur liberté, leurs magistrats et leurs lois, d'où ces magistrats furent appelés *magistrats municipaux*, et le droit particulier des villes, *droit municipal*. Les villes qui tiraient leur origine de colonies romaines, étaient un peu plus privilégiées. Dans la suite on appela *Municipia*, toutes les villes qui avaient un corps d'officiers pour les gouverner.

De là le mot *Municipalité*, sous lequel sont compris collectivement tous les officiers qui sont établis pour défendre les intérêts et administrer les affaires d'une ville, comme les maires, les échevins, les capitouls, les jurats, les consuls, etc. (M. Guyot.) *

[[*V.* les articles *Communauté d'habitans*, *Communes*, *Échevins*, §. 3, *Gens de loi*, *Magistrat (le)*, et *Maire.*]]

MUR. *V.* les articles *Clôture*, §. 2; *Contre-mur*, *Fortifications*, et *Mitoyenneté.*

[[MUTATION. Ce terme, synonyme de *changement*, est spécialement consacré à la désignation du changement qui s'opère dans la propriété d'un bien par la transmission qui s'en fait d'une personne à une autre.

Ainsi, il y a Mutation par vente, par échange, par donation, lorsqu'un propriétaire le vend, le permute ou le donne. Il y a Mutation par décès, lorsque, par la mort du propriétaire, ses biens passent, soit à ses héritiers, soit à ses légataires universels ou particuliers.

De quelque manière que se fasse une Mutation, il faut qu'elle soit enregistrée, si elle a lieu par décès, dans le bureau du lieu où est situé le bien qui en est l'objet; si elle s'opère par un acte, dans le bureau du lieu même où l'acte a été passé; et que le nouveau propriétaire paie, à raison de cette formalité, un droit qui est tarifé par la loi du 22 frimaire an 7.

De là naissent souvent des questions importantes. Nous en avons traité plusieurs sous les mots *Enregistrement (droit d')*, *Gains de survie*, *Partage*, *Prescription*, *Succession*, *Usufruit*, *Vente*; en voici quelques unes sur lesquelles nous croyons devoir revenir.

§. Ier. *A quelle époque s'opère, pour le droit proportionnel d'enregistrement, la Mutation résultant d'un gain de survie stipulé par contrat de Mariage ?*

On a vu à l'article *Gains de survie*, §. 12, que cette Mutation ne s'opère qu'au décès du premier mourant des époux; et voici un arrêt de la cour de cassation, du 4 mars 1807, qui confirme de plus en plus ce principe. Nous le tirons du *Bulletin civil* de cette cour.

« Par son contrat de mariage, le sieur Moreau avait stipulé l'ameublissement de la moitié qui lui appartenait dans une papeterie, laquelle serait et demeurerait conquêt de communauté.

» Il était convenu que le survivant des deux époux aurait le droit de conserver à lui seul cette moitié de papeterie sur le prix de l'estimation qui en serait faite par des experts lors du décès du prémourant, à la charge de le déclarer dans les cinq mois du décès.

» Le sieur Moreau étant décédé, sa veuve a déclaré qu'elle entendait conserver la papeterie. Aucune déclaration n'étant faite à raison de la Mutation par décès de cette propriété, l'administration a réclamé les droits en résultant, conformément à la loi du 22 frimaire an 7. Le tribunal civil séant à Troyes l'a déclarée non fondée, sous prétexte qu'il n'y a pas eu dans l'espèce de Mutation par décès, et que la transmission remonte à la date du contrat de mariage du sieur Moreau.

» Contravention à l'art. 4 et au no. 3 du §. 6 de l'art. 69 de la loi citée, que la cour a réformée par l'arrêt suivant :

» Ouï le rapport de M. Bauchau, l'un des juges....;

» Vu l'art. 4 et le no. 5 du §. 6 de l'art. 67 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Considérant que ce n'est que par l'acceptation de la communauté et par la détermination que la dame Moreau a prise relativement à l'immeuble dont il s'agit, après le décès de son mari, que s'est opérée à son profit la Mutation de la propriété de cet immeuble; que

conséquemment cette Mutation est réellement une Mutation par décès ;

» Par ce motif, la cour casse et annulle ».

§. II. *Celui qui acquiert un immeuble à la charge de supporter un droit d'usufruit, en cas qu'il vienne à s'ouvrir en faveur de l'épouse du vendeur, d'après les stipulations conditionnelles de son contrat de mariage, doit-il, en présentant son contrat à l'enregistrement, faire une déclaration estimative de cette charge, sauf à n'en payer le droit proportionnel que lorsque seront accomplies les conditions qui la tiennent en suspens ?*

Le sieur Carles s'était rendu adjudicataire des biens du sieur Raynaud, moyennant la somme de 47,460 francs, à la charge de supporter, le cas échéant, la distraction des gains de survie stipulés en faveur de la dame Raynaud par son contrat de mariage. Ces gains de survie consistaient dans l'usufruit de la moitié des biens du sieur Raynaud, s'il laissait des enfans, et de la totalité de ces mêmes biens s'il mourait sans postérité ;

Ainsi la stipulation d'usufruit de la dame Raynaud était subordonnée à deux conditions éventuelles : 1°. celle de survie; 2°. celle de la non-existence d'enfans issus de son mariage avec le sieur Raynaud.

Le receveur de l'enregistrement perçut le droit proportionnel sur le prix principal de l'adjudication. Mais prétendant ensuite que cette perception était insuffisante, il décerna deux contraintes contre Carles ; l'une de 1128 francs pour supplément aux droits d'enregistrement, et l'autre de 391 francs 71 centimes pour supplément aux droits de transcription.

Opposition de la part du sieur Carles à ces contraintes; et instance devant le tribunal de Castres ;

La seule question à décider était de savoir si la condition imposée à l'adjudicataire, de supporter, dans le cas de survie de la dame Raynaud, la charge d'usufruit stipulée en sa faveur par son contrat de mariage, pouvait donner lieu au droit d'enregistrement.

Par jugement du 10 juin 1809, le tribunal civil de Castres a résolu cette question pour la négative, et a déchargé le sieur Carles des contraintes décernées contre lui, « attendu » que la réserve d'un usufruit fait au profit de » la dame Rayuaud, n'avait trait qu'à un droit » incertain, à un droit dont l'existence était » soumise à l'événement de survie de la part » de ladite dame Raynaud ; et que d'ailleurs » cet usufruit était, quant à sa quotité, su» bordonné à une autre condition éventuelle, » celle de la non-existence d'enfans issus du » mariage des sieurs et dame Raynaud ».

Mais la régie de l'enregistrement s'est pourvue en cassation contre ce jugement; et par un arrêt du 24 juin 1811, au rapport de M. Guieu,

« Vu l'art. 16 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Attendu que la *plus-pétition* de la part de l'administration de l'enregistrement, eu supposant qu'elle existe dans l'espèce, n'était pas un motif suffisant d'annuler la contrainte qu'elle avait le droit de décerner contre Louis-Antoine-François-André Carles, lequel a reconnu qu'il était dû un droit quelconque pour la charge éventuelle d'usufruit imposée à son adjudication ;

» Que l'évaluation de cette charge n'ayant pas été faite dans l'adjudication, le sieur Carles devait, aux termes de l'art. 16 de la loi du 22 frimaire an 7, suppléer à cette omission avant l'enregistrement, par une déclaration estimative certifiée et signée au pied de l'acte, et que cette déclaration n'ayant pas été faite, le tribunal civil de Castres devait l'ordonner, sauf de recourir à la voie de l'expertise, s'il fût survenu des difficultés sur la justesse de l'évaluation ainsi faite du prix réel de l'immeuble ainsi vendu ;

» Que le tribunal de Castres, en annullant la contrainte et en privant ainsi l'administration de l'exercice d'une action qui ne pouvait lui être contestée, a violé la loi, notamment l'art. 16 précité;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle... ».

§. III. *Est-il permis aux tribunaux de s'écarter des présomptions établies par l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7, relativement à la Mutation qui donne ouverture au droit proportionnel ?*

J'ai rapporté à l'article *Enregistrement (droit d')*, §. 22 et suivans, plusieurs arrêts de la cour de cassation, qui jugent uniformément pour la négative.

C'est ce qu'ont encore jugé d'autres arrêts de la même cour, des 23 et 24 février, 4 mars, 20 avril, 23 juillet, 25 et 30 novembre, 23 décembre 1807, 20 janvier, 7 et 22 mars, 2 et 3 août, 12 octobre 1808, 4 novembre 1809, 4 décembre 1810, 3 avril 1811, et 11 février 1813 ; on peut les voir à leurs dates dans le *Bulletin civil*.

En voici un autre qui juge encore de même.

Le 12 décembre 1809, mort du sieur Fauconneau. Ses enfans font à la régie la déclaration des immeubles de sa succession, et en acquittent les droits au taux des Mutations par décès.

Quelque temps après, la régie découvre que les noms de ces enfans ont été, dès 1807,

inscrits, à raison des mêmes biens, sur les rôles de la contribution foncière, et que ces enfans ont payé la contribution foncière d'après ce rôle. Elle infère de là qu'ils ont été, du vivant de leur père, propriétaires de ces biens, et qu'ils l'ont été par donation entre-vifs. En conséquence, elle décerne une contrainte en paiement des droits dus pour cette Mutation, sous la déduction de ceux qu'ils ont payés sur leur déclaration après décès.

Les sieurs Fauconneau forment opposition à cette contrainte, et produisent un acte sous seing-privé par lequel leur père leur a fait, de son vivant, le partage des biens dont il s'agit. Par ces actes, disent-ils, notre père ne s'est pas exproprié : il n'a fait que nous assigner par anticipation les biens que nous aurions respectivement à prendre dans sa succession future, à la charge d'en payer, dès-lors, les impositions. Ce n'est qu'en exécution de cet acte, que nous avons fait inscrire nos noms au rôle de la contribution foncière, et que nous avons acquitté nos quotes. Cette inscription, ces paiemens ne prouvent donc pas que nous ayons possédé comme donataires entre-vifs. Voulût-on d'ailleurs prétendre que, par l'acte sous seing-privé que nous rapportons, notre père ait eu l'intention de nous abandonner, de son vivant, la propriété de ses biens? Ce sera encore la même chose : car cet acte étant nul, il n'aura pu en résulter aucune transmission de propriété.

Le 18 juin 1811, jugement du tribunal civil du Blanc, qui, adoptant ces moyens de défense, déclare la contrainte nulle.

Mais la régie se pourvoit en cassation, et par arrêt du 1er. décembre 1812, au rapport de M. Cassaigne,

« Vu les art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7, et 4 de celle du 27 ventôse an 9;

» Attendu que, suivant ces articles, la Mutation d'un immeuble en propriété est suffisamment établie, pour la demande du droit d'enregistrement et la poursuite du paiement contre le nouveau possesseur, par l'inscription de son nom au rôle de la contribution foncière et des paiemens par lui faits d'après ce rôle; et à défaut d'actes, il doit y être suppléé par des déclarations détaillées et estimatives dans les trois mois de l'entrée en possession, à peine d'un droit en sus;

» Que, dans le fait, les noms des enfans Fauconneau, possesseurs des immeubles dont il s'agit, ont été inscrits au rôle de l'imposition foncière long-temps avant le décès de leur père, arrivé le 12 décembre 1809; et ils ont fait des paiemens sur les exercices des années 1807, 1808, 1809 et 1810;

» Que conséquemment la Mutation de ces immeubles à leur profit est suffisamment établie pour la poursuite et le paiement es droits; que cette présomption ne peut être détruite que par une preuve contraire, légalement acquise;

» Que, pour pouvoir induire cette preuve contraire, comme l'ont fait les juges, de l'acte de partage produit par les enfans Fauconneau, en rattachant à cet acte l'inscription de leurs noms sur le rôle des inscriptions, il faudrait qu'il fût légalement possible de tenir pour constant que cet acte existait à l'époque de cette inscription; que cet acte, étant sous signature privée et n'ayant point été enregistré avant la mort de Fauconneau père, n'a de date certaine que du jour du décès de celui-ci; qu'on ne pourrait en reporter la date à celle de l'inscription de long-temps antérieure, sans violer la loi qui dispose que les actes privés n'ont de date certaine que du jour où ils ont été enregistrés; que cet acte ne peut conséquemment obtenir aucune considération;

» D'où il suit que la présomption légale de la Mutation demeurant en toute sa force, le jugement qui la rejette, viole formellement les articles précités;

» La cour casse et annulle..... ».

Je reviendrai là dessus dans mon *Recueil de Questions de droit*, à l'article *Mutation*, §. 5.

§. IV. *Une Mutation d'immeubles dont il n'apparaît point de titre, mais dont l'existence est constatée être antérieure à la loi du 5-19 décembre 1790, donne-t-elle lieu à la demande des droits d'enregistrement dans les cas prévus par l'art. 23 de la loi du 9 vendémiaire an 6, par l'art. 12 de celle du 22 frimaire an 7 et par l'art. 4 de la loi du 27 ventôse an 9?*

Le sieur de Villeqnier avait acquis le fief de Roye.

» Le 3 juin 1788, le marquis de Soyecourt fit signifier au sieur de Villequier qu'il retenait à lui, par puissance de fief, la terre dont il s'agit, sous l'offre de rembourser le prix principal de la vente avec les frais et accessoires. Le sieur André Santerre, procureur au bailliage de Chaulny, avait la confiance du marquis de Soyecourt, dont il gérait les affaires; et ce fut à sa requête que le retrait fut exercé. Le marquis de Soyecourt devait donc être propriétaire du fief de Roye.

Cependant, par une déclaration faite le 1er. octobre 1807, par les héritiers d'André Santerre, le fief de Roye fut compris dans l'état des biens dépendans de sa succession.

Dans un bail passé le 9 du même mois par les héritiers Santerre, la même propriété fut

affermée comme une dépendance de la succession de leur frère André.

De ces faits, l'administration de l'enregistrement a tiré la conséquence qu'André Santerre avait acquis cet immeuble du marquis de Soyecourt, en vertu d'un acte demeuré secret entr'eux; et elle a décerné, le 26 juillet 1808, une contrainte contre les héritiers Santerre, pour le paiement du droit simple et du double droit, à raison de la Mutation qui s'était opérée du marquis de Soyecourt à André Santerre.

Les héritiers Santerre ont formé opposition à cette contrainte, et ont soutenu qu'il n'y avait pas lieu au paiement du double droit pour la Mutation d'un immeuble opérée verbalement, ou par acte sous signature privée, sous l'empire des lois anciennes et antérieurement à celles des 9 vendémiaire an 6, 22 frimaire an 7 et 27 ventôse an 9, qui sont, disaient-ils, les seules qui aient ordonné que la Mutation d'un immeuble serait *suffisamment établie, pour la demande des droits, soit par l'inscription du nom du nouveau possesseur au rôle de la contribution foncière et des paiemens faits d'après ce rôle, soit par des baux par lui passés, ou enfin par des transactions* ou *autres actes constatant sa propriété* ou *son usufruit.*

Le 25 mars 1809, jugement du tribunal civil de Laon, qui décharge les héritiers Santerre de la contrainte décernée contre eux, « attendu que ce serait donner un effet » rétroactif à la loi du 9 vendémiaire an 6, que » d'en faire l'application à une Mutation re» connue antérieure à la promulgation de » cette loi ».

Recours en cassation de la part de la régie contre ce jugement; et le 9 octobre 1811, arrêt, au rapport de M. Guieu, par lequel,

« Vu l'art. 24 de l'édit de 1703, les art. 20 et 22 de la déclaration du 22 juillet 1704, et l'art. 10 de la déclaration du 20 mars 1708;

» Vu pareillement les art. 2, 11 et 23 de la loi du 5-19 décembre 1790, les art. 30 et 33 de la loi du 22 frimaire an 7 et l'art. 4 de la loi du 27 ventôse an 9;

» Attendu que, dans l'ancienne législation qui n'a cessé d'être en vigueur qu'à l'époque de la publication de la loi du 5-19 décembre 1790, les Mutations d'immeubles, quoique opérées par des actes sous seings-privés ou par des conventions verbales, étaient soumises, comme les actes authentiques, aux droits d'insinuation et de centième denier dans un délai de rigueur; que la preuve étant acquise de la réalité de la Mutation, le nouveau possesseur pouvait être contraint au paiement des droits en tout temps et même avant qu'il fît aucun usage de son titre, et que la preuve des Mutations se déduisait des mêmes circonstances que la loi du 9 vendémiaire an 6 et les lois subséquentes ont désignées comme étant propres à l'établir; que ces règles, dont l'exécution avait été modifiée par les dispositions de la loi du 5-19 décembre 1790, ont repris toute leur vigueur depuis la publication de la loi du 9 vendémiaire an 6 et des lois des 22 frimaire an 7 et 27 ventôse an 9, qui en ont reproduit et régularisé toutes les dispositions;

» Que la jurisprudence de la cour de cassation s'est toujours conformée aux différences survenues dans la législation, et qu'elle n'a varié que suivant les circonstances et d'après les époques auxquelles appartenaient les Mutations sur lesquelles il s'agissait de prononcer : de sorte qu'elle a constamment jugé que les Mutations antérieures à la publication de la loi du 5-19 décembre 1790, et postérieures à celle de la loi du 9 vendémiaire an 6, devaient être soumises au paiement des droits, même dans le cas où les possesseurs n'avaient fait aucun usage de leur titre, tandis qu'elle a reconnu que les Mutations opérées depuis la publication de la loi du 5-19 décembre 1790, jusqu'à celle de la loi du 9 vendémiaire an 6, n'étaient susceptibles du paiement des droits, qu'autant que les actes avaient été produits en justice ou relatés dans un acte authentique; modification que l'art. 11 de la loi du 5-19 décembre 1790 avait apportée à l'ancienne législation, et qui a été abrogée par la nouvelle;

» Attendu qu'il est constant en fait, soit d'après le jugement du tribunal civil de Laon, soit d'après les aveux et déclarations de Louis-Toussaint Santerre, que la mutation du fief de Roye a eu lieu en 1788 au profit d'André Santerre, c'est-à-dire, à une époque où la législation, fondée sur les édits et déclarations du roi précités, soumettait les actes sous seing privé au paiement des droits de contrôle et du centième denier;

» Qu'il suit de là qu'en affranchissant les héritiers Santerre du paiement des droits réclamés contre eux, en annulant la contrainte décernée par l'administration, le tribunal civil de Laon a violé les dispositions de l'ancienne et de la nouvelle législation, pour appliquer la législation intermédiaire introduite par la loi du 5-19 décembre 1790, à une espèce qui n'était pas susceptible de cette application;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ».

V. l'article *Enregistrement (droit d')*, §. 23.

§. V. *Lorsque le propriétaire d'un bien mis en vente aux enchères, meurt après l'adjudication préparatoire, mais avant l'adjudication définitive, ses héritiers doivent-ils le droit proportionnel de ce bien, ou ne doivent-ils que celui du prix pour lequel il a été adjugé définitivement?*

Le 25 juin 1806, une moitié de maison appartenant au sieur Bazin, et située à Paris, est adjugée préparatoirement et *sauf trois semaines*, au dernier enchérisseur.

Le 12 juillet suivant, le sieur Bazin meurt: ses héritiers poursuivent l'adjudication définitive, et elle est prononcée au profit d'un nouvel enchérisseur.

Dans les six mois de la mort du sieur Bazin, ses héritiers font, au bureau des Mutations par décès, la déclaration du montant de sa succession, et n'y comprennent pas la moitié de maison dont il s'agit.

La régie décerne contre eux deux contraintes en paiement d'une somme de 920 francs; ils y forment opposition, et l'affaire est portée devant le tribunal civil du département de la Seine.

Là, les héritiers soutiennent qu'il n'est dû aucun droit pour la moitié de la maison, parceque l'adjudication *préparatoire* en ayant été faite, le 25 juin 1806, *sauf trois semaines*, et par conséquent avant le décès du sieur Bazin, elle ne faisait plus partie de sa succession, et que le prix de cet immeuble est entré dans la déclaration qu'ils ont fournie du mobilier.

La régie soutient, au contraire, que l'adjudication préparatoire n'a pas dépouillé le sieur Bazin de sa propriété, parcequ'elle était subordonnée à une condition suspensive et résolutoire, c'est-à-dire, à la survenance d'une enchère plus forte qui pouvait substituer, et avait, en effet, substitué un acquéreur nouveau et définitif, à l'acquéreur momentané à qui la première adjudication ne donnait qu'un droit éventuel.

Le 27 août 1808, jugement du tribunal de la Seine qui, adoptant le système de défense des héritiers Bazin, déclare la contrainte nulle.

Mais sur le recours en cassation de la régie, arrêt du 24 juin 1811, au rapport de M. Gnieu, par lequel,

« Vu les art. 4 et 24 de la loi du 22 frimaire an 7 sur l'enregistrement;

» Attendu que l'adjudication préparatoire de la maison de Jean-Pierre Bazin, quoiqu'antérieure à son décès, n'avait point dépouillé ce particulier, d'une manière définitive et irrévocable, de la propriété de cette maison; que l'adjudication faite sauf trois semaines, était subordonnée à une condition suspensive; qu'elle n'attribuait à l'adjudicataire qu'un droit résoluble *pendente conditione*; que ce droit a été révoqué *defectu conditionis*, puisque l'adjudication définitive a été faite à un prix plus élevé que lors de la première adjudication, et postérieurement au décès de Jean-Pierre Bazin;

» Que, dès-lors, les héritiers Bazin auraient dû comprendre la valeur de cet immeuble dans la déclaration qu'ils étaient tenus de faire, aux termes de l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7, afin d'assurer la perception du droit établi par l'art. 4 de la même loi;

» Attendu qu'en jugeant le contraire, le tribunal de première instance de Paris a violé lesdits art. 4 et 24;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...... ».]]

N.

* NAISSANCE. C'est le moment où un enfant vient au monde.

I. La Naissance est la première époque de la vie de l'homme : c'est d'elle que dépend son existence civile.

Dans l'ordre de la nature, tous les hommes naissent égaux. Les différences qui peuvent se rencontrer dans leur conformation physique, peuvent seules les distinguer; mais dans l'ordre social, ils naissent soumis aux lois de leur patrie : de là vient que les enfans naissent en certains pays, libres ou esclaves, nobles ou roturiers, et dans tous, légitimes ou bâtards.

Dans l'ordre de la nature, les enfans naissent seulement pour leur père et pour leur mère; mais dans l'ordre social, ils naissent encore pour la république. Comme c'est la

république qui donne à chaque citoyen son état civil, il ne dépend point des parens d'en priver leurs enfans, ni même de le changer. C'est la Naissance qui fixe l'état civil des enfans. A Rome même, où l'autorité paternelle était presque sans bornes, puisque les peres pouvaient tuer leurs enfans, il leur était défendu de les priver de l'état qu'ils avaient acquis par leur Naissance, et de les rejeter de leur famille, comme étrangers.

Le principe qui met les peres dans l'impuissance d'ôter à leurs enfans le titre de leur Naissance, prive également les enfans du droit arbitraire de le changer. La maxime, *pater est quem nuptiæ demonstrant*, enchaîne également les pères et les enfans. Les uns comme les autres sont obligés de se soumettre à l'empire de cette règle générale que toutes les nations policées ont adoptée; ainsi, de même qu'un père est forcé de reconnaître pour ses enfans ceux qui sont nés de son épouse légitime, de même les enfans ne peuvent méconnaître les parens qui leur ont donné le jour, et s'en choisir d'autres, suivant leur caprice.

Ces vérités dérivent des premiers principes de la sociabilité; et il n'existe point de nation gouvernée par des lois sages, qui ne les respecte. *V.* l'article *Légitimité*.

II. Pour qu'un enfant soit capable d'hériter, il faut qu'il naisse vivant; car lorsqu'il nait mort, il est réputé n'avoir jamais vécu.

Quand une femme donne la vie à un être qui n'a pas la forme humaine, on regarde cet être comme un monstre qui ne peut jouir d'aucun des avantages accordés par les lois à l'espèce humaine. Mais comme il existe peu d'exemples de ces Naissances monstrueuses, et que souvent l'ignorance a mis dans la classe des monstres, des écarts ou des caprices de la nature, on ne peut être trop sur ses gardes, et se défier des fables que la crédulité et l'amour du merveilleux se plaisent à imaginer. Ainsi, toutes les fois qu'une femme donne le jour à un être qui ne paraît pas appartenir, par sa forme extérieure, à l'espèce humaine, et que cet être est vivant, il est essentiel de faire constater son état par les gens de l'art. Ces précautions sont inutiles quand le monstre naît mort, parcequ'il ne peut transmettre aucun droit; mais s'il est né vivant, on ne peut prendre trop de précautions pour assurer son état, et connaître s'il appartient ou n'appartient pas à l'espèce humaine.

III. Comme les enfans qui naissent vivans, peuvent transmettre à leurs héritiers les droits qu'ils ont acquis, on a souvent élevé des doutes et des difficultés sur la certitude du fait qu'ils sont nés vivans.

Lorsqu'on est incertain si un enfant a vécu depuis sa Naissance, on fait sur-le-champ l'ouverture de son cadavre, et l'un met aussitôt ses poumons dans un vase plein d'eau. Plusieurs médecins prétendent que, si les poumons surnagent, c'est une preuve que l'enfant a respiré, et par conséquent vécu; mais cette expérience n'a pas tous les caractères de vérité que les lois exigent, pour que la justice puisse la faire servir de base certaine à ses décisions. (M. DESESSARTS.)*

[[On trouvera dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Vie*, §. 1, d'assez grands développemens sur cet objet.

IV. Pour qu'un enfant puisse être réputé avoir recueilli une succession échue dans l'intervalle de sa Naissance à sa mort, il ne suffit pas qu'il soit né *vivant;* il faut encore qu'il soit né *viable*. *V.* l'article *Héritier*, sect. 6, §. 8.]]

* NAISSANCE (ACTE DE) (1). La Naissance est la première époque de la vie de l'homme, l'instant où la société le classe parmi ses membres, pour profiter des avantages qu'elle procure, et concourir aux sacrifices qu'elle commande. Cette époque doit donc être constatée d'une manière positive, invariable. On doit la trouver en tout temps; c'est pourquoi le Code civil a voulu que la Naissance des enfans fût établie par un acte authentique, et consignée sur des registres publics.

La forme de ces actes, et les précautions prises par le législateur pour en assurer l'exactitude, sont l'objet de cet article. Nous y parlerons,

1°. Des personnes qui peuvent recevoir des actes de Naissance;

2°. Des obligations imposées aux officiers de l'état civil, pour la confection des actes de Naissance;

3°. Des personnes qui doivent déclarer la Naissance d'un enfant à l'officier de l'état civil;

4°. De la nécessité de présenter l'enfant à l'officier de l'état civil;

5°. Des actes de Naissance des enfans trouvés;

6°. Des actes de Naissance des enfans nés pendant un voyage de mer;

(1) [[Cet article, à l'exception de ce qui s'y trouve entre deux doubles crochets, appartient à M. Favart, baron de l'Anglade, conseiller à la cour de cassation, ci-devant membre du tribunat, section de législation.]]

7°. Des actes de Naissance des enfans nés aux armées;

8°. Des actes de Naissance des enfans nés en pays étranger;

9°. De la rectification des actes de Naissance;

10°. Des moyens de remplacer, dans certains cas, les actes de Naissance;

11°. Des arrêts rendus par la cour de cassation, sur des questions relatives aux actes de Naissance.

§. I. *Des personnes qui peuvent recevoir les actes de Naissance.*

Avant la loi du 20 septembre 1792, sur le mode de constater l'état civil des citoyens, les registres de Naissances, mariages et décès, étaient tenus par le curé de chaque paroisse: aujourd'hui, ils sont confiés à un officier de l'état civil établi dans chaque municipalité.

Les motifs de ce changement ont été très-bien développés par l'orateur chargé de présenter au tribunat la loi sur les actes de l'état civil, qui fait partie du Code civil:

« Il était assez naturel (dit-il), qu'avant la révolution, les mêmes hommes dont on allait demander la bénédiction et les prières, aux époques de la Naissance, du mariage et du décès, en constatassent les dates, en rédigeassent les procès-verbaux. La société ajouta sa confiance à celle que déjà leur avait accordée la piété religieuse. Seulement on les assujétit à remettre le double des registres aux greffes des tribunaux, protecteurs et juges de l'etat civil, dont les prêtres ne pouvaient être que les premiers dépositaires.

» Mais la religion catholique n'étant plus dominante, on ne peut pas obliger les familles qui ne la suivent pas, à recourir à ses ministres, à l'époque des événemens qui excitent le plus leur intérêt. La nation, qui ne doit pas, comme les individus, se diviser en sectes, a dû établir pour tous les citoyens, des registres et des officiers dont ils puissent tous se servir sans repugnance.

» Quand même tous les Français professeraient le même culte, il serait bon encore de marquer fortement que l'état civil et la croyance religieuse n'ont rien de commun; que la religion ne peut ôter ni donner l'état civil, que la même indépendance qu'elle réclame pour ses dogmes et pour ses intérêts spirituels, appartient à la société pour régler et maintenir l'état civil et les intérêts temporels.

» C'est donc avec raison qu'on a consacré l'institution des officiers de l'etat civil, conçue par l'assemblee constituante et exécutée par la législative. Le principe en est juste et bon. L'exercice s'en perfectionnera par les qualités des hommes qui en seront chargés, par l'intérêt de tous les citoyens, empressés de surveiller des actes d'une si grande importance pour toutes les familles, et par les sages précautions prises dans la loi qui est proposée.

» Ainsi, les maires des communes ont seuls la qualité d'officiers de l'état civil, qu'ils peuvent déléguer à leurs adjoints, conformément à la loi ».

La faculté accordée par les art. 59, 60, 61, 92 et 93 du Code civil, 1°. aux officiers de Marine, lors d'un accouchement pendant un long voyage; 2°. aux agens diplomatiques, lorsque l'enfant est né chez l'étranger; 3°. enfin, à l'officier d'un corps d'une armée, ne donne à ces agens d'autre capacité que celle de recevoir momentanément, et par l'effet des circonstances, des déclarations qui doivent être reportées sur les registres de l'état civil du domicile du père et de la mère de l'enfant.

Ainsi, dans ces cas mêmes, il faut l'intervention de l'officier de l'état civil, pour que la Naissance soit constatée d'une manière authentique. Il est donc certain qu'on ne peut reconnaître le caractère d'officier de l'état civil, que dans les maires ou les adjoints.

§. II. *Des obligations imposées aux officiers de l'état civil pour la confection des actes de Naissance.*

Le Code civil veut, art. 40, que les actes de l'état civil soient inscrits dans chaque commune, *sur un ou plusieurs* registres tenus doubles.

Il n'oblige pas, comme la loi du 20 septembre 1792, à tenir un registre double pour chaque espèce d'acte. Il laisse, à cet égard, la liberté de faire ce qui convient le mieux à chaque commune, pourvu que le registre soit tenu double.

C'est sur ce registre que les actes de Naissance doivent être transcrits. La forme dans laquelle il doit être tenu, est expliquée aux mots *État civil*, §. 2.

Quant aux règles que doit suivre l'officier de l'état civil, elles sont clairement expliquées par le Code civil.

L'art. 57 porte que l'acte de naissance doit énoncer 1°. le jour, l'heure et le lieu de la Naissance (1); 2°. le sexe de l'enfant; 3°. les

(1) [[Quel serait l'effet de l'omission du jour de la naissance.

La présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil, est aujourd'hui ce qu'était, avant la loi du 20

prénoms qui lui sont donnés; 4°. les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère; 5°. enfin, ceux des témoins.

Il faut remarquer que, d'après une loi particulière du 11 germinal an 11, les noms en usage dans les différens calendriers, et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne, sont seuls reçus comme prénoms sur les registres de l'état civil, et qu'il est défendu aux officiers publics d'en admettre aucun autre dans leurs actes. *V.* l'article *Nom*.

L'officier public doit aussi mettre la plus grande attention à écrire *les noms propres* de la manière que la famille les écrit, afin de prévenir les difficultés auxquelles la moindre erreur peut souvent donner lieu.

Il ne peut insérer dans les actes qu'il reçoit, soit par note, soit par énonciation, *que ce qui doit être déclaré* par les comparans, (art. 35.) Ainsi, tout ce qui n'est pas nécessaire dans l'acte de l'état civil, pour constater *le fait* de la Naissance, devient étranger à l'acte, ne peut en faire partie et ne doit pas s'y trouver.

Cette prohibition était déjà écrite dans la déclaration de Louis XVI, du 12 mai 1782: « Enjoignons (portait-elle) à tous curés ou » vicaires, lorsqu'ils rédigeront les actes de » baptême qu'ils auront administré, et dont » ils attesteront les actes par leurs signatures » apposées au bas desdits actes, de recevoir » et d'écrire les déclarations de ceux qui pré» senteront les enfans au baptême; et leur » faisons défense, et à tous autres, d'insérer » par leur propre fait, soit dans la rédaction » desdits actes, soit sur les registres où ils » sont transcrits, ou autrement, aucunes clau» ses, notes ou énonciations, autres que celles » contenues aux déclarations de ceux qui au» ront présenté les enfans au baptême, sans » pouvoir faire aucunes interpellations sur les » déclarations qui seront faites ».

L'orateur du tribunat a très-bien observé, sur l'art. 35 du Code civil, qu'il prévenait des abus que l'ancienne jurisprudence avait déjà réprimés, et qu'il fallait à jamais proscrire.

Ainsi, soit d'après cet article, soit d'après l'art. 36, les officiers rédacteurs ne peuvent ajouter ni diminuer aux déclarations qui doivent leur être faites; mais les parties ne doivent déclarer que ce que la loi leur demande; si elles vont au-delà, l'officier public peut et doit refuser ce qui, dans leurs déclarations, excède ou contrarie le désir de la loi. *V.* l'article *Déclaration de Naissance*.

Il résulte de ces observations, puisées dans les motifs de la loi, que tout individu qui, sans son consentement, serait indiqué, dans un acte de Naissance, comme le père de l'enfant, aurait le droit de se pourvoir devant le tribunal civil, conformément aux art. 99, 101 et 102 du Code civil, pour faire rectifier cet acte, et y faire supprimer la qualité de père qui lui aurait été donnée sans sa participation.

L'officier de l'état civil serait même dans le cas d'être puni d'une amende qui, d'après l'art. 50 du Code, peut aller jusqu'à 100 francs.

Il faut donc qu'il fasse bien attention à n'insérer dans un acte, que les déclarations tendant à constater le fait de la Naissance de l'enfant, son origine connue, et non celle qui peut être présumée d'après des conjectures vagues et incertaines.

Une seconde obligation de l'officier de l'état civil, c'est d'inscrire l'acte de Naissance sur les deux registres à ce destinés, de le signer et de le faire signer par les parties et les témoins, ou de faire mention des empêchemens qui s'opposent à ce que quelques-unes ou toutes les parties puissent signer. Il doit savoir que la loi prescrit la tenue de deux registres, pour parer aux difficultés qui résultent de la part d'un registre unique. Il faut donc qu'il se trouve entre ces deux registres une telle uniformité, que l'un d'eux ne soit que la copie

septembre 1792, l'administration qui lui était faite du baptême.

Or, avant la loi du 20 septembre 1792, la seule énonciation qu'un enfant avait été baptisé tel jour, suffisait pour prouver que c'était ce jour là qu'il était né; et voici un arrêt qui l'a jugé ainsi.

Le 30 nivôse an 12, le nommé Bertrand est condamné à mort par le tribunal criminel du département de la Dyle. Il se pourvoit en cassation, et soutient, en citant l'art. 483 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4 (alors en vigueur), que la déclaration du jury d'après laquelle il a été condamné, est nulle, parceque l'un des jurés n'avait pas 30 ans accomplis le 29 nivôse (20 janvier 1804), jour de l'ouverture des débats; assertion qu'il fonde sur l'acte de baptême de ce juré, lequel, sans indiquer le jour de sa naissance, porte qu'il a été baptisé le 21 janvier 1774. L'affaire portée à l'audience de la section criminelle, le ministère public soutient que, dans le silence de l'acte de baptême sur le jour de la naissance du juré dont il s'agit, il y a lieu de présumer que ce juré est né le jour même où il a été baptisé; en conséquence, il conclud à la cassation; et la cassation est prononcée, le 19 prairial an 12, par un arrêt qui est rapporté, à l'ordre de sa date, dans le *Bulletin criminel de la cour de cassation*.

On doit donc aujourd'hui, dans le silence de l'acte de naissance sur le jour où l'enfant est né, présumer que ce jour est celui où il a été présenté à l'officier de l'état civil.

fidèle de l'autre, et que, dans chacun d'eux, indifféremment, l'on puisse, au besoin, trouver dans toute son exactitude, l'acte qui intéresse le sort d'un individu, quelquefois même celui d'une famille entière (*art.* 48 *du Code*).

L'officier de l'état civil doit aussi donner lecture de l'acte aux parties comparantes et aux témoins. Comme ils ont besoin de connaître ce qu'ils ont les uns déclaré, les autres atteste, la lecture de l'acte leur donne cette connaissance. Aussi cette formalité est-elle impérieusement ordonnée par l'art. 38, qui veut même qu'il soit fait mention de son accomplissement.

Un soin que doit prendre l'officier de l'état civil, c'est de ne jamais laisser, entre les actes, aucun intervalle ni lacune. La raison de cette prohition, prononcée par l'art. 42, est facilement sentie. Le législateur a voulu prévenir l'effet des passions, en leur ôtant le moyen de s'exercer. Un espace laissé entre deux actes, offre à la cupidité une place suffisante pour en transcrire un autre qui ne devrait être placé sur les registres que longtemps après. Ainsi, la date d'une naissance transposée, peut porter atteinte aux intérêts d'une famille, et favoriser le crime. C'est ce que l'officier de l'état civil peut et doit empêcher, en ne laissant aucune place entre ses actes.

Enfin, il doit, d'après le même article, faire approuver et signer les renvois et ratures de la même manière que le corps de l'acte. Ce qui est écrit et lu au moment de la confection de l'acte, ne peut être changé du consentement de l'une ou de plusieurs des parties. Cet acte n'est authentique et ne fait foi, qu'autant qu'il est sain et entier; il cesse de l'être, quand il paraît qu'il y a été porté quelque altération ou augmentation, hors la présence de l'un de ceux qui y ont concouru. Ainsi, une rature ou un renvoi sont censés ne pas exister, ou avoir été faits frauduleusement, s'ils ne sont pas approuvés et signés comme l'acte lui-même; et le sens qu'ils donneraient à l'acte, ne pourrait prévaloir sur la teneur de l'acte même, s'il n'était approuvé et signé comme le corps de l'acte. *V.* les articles *Rature* et *surcharge*.

§. III. *Des personnes qui doivent déclarer la Naissance d'un enfant à l'officier de l'état civil.*

V. l'article *Déclaration de Naissance.*

§. IV. *De la nécessité de présenter l'enfant à l'officier de l'état civil.*

Cette présentation est formellement ordonnée par l'art. 55 du Code civil. Comment, en effet, l'officier de l'état civil pourrait-il constater l'existence et le sexe d'un enfant qui ne lui serait pas représenté? Si son acte fait pleine foi, s'il a le caractère d'un acte authentique, c'est parcequ'il est l'ouvrage d'un homme commis par la loi, qui est censé n'avoir écrit que la vérité dont il s'est doublement convaincu, et par les déclarations qui lui ont été faites, et par ce qu'il a vu lui-même. Il ne doit pas croire sans avoir vu, parcequ'il ne voit pas pour lui, mais pour une famille qui est absente, et pour la société entière qui se repose sur sa fidélité.

S'il en était autrement, quels abus ne pourrait-il pas en résulter? Une femme mariée, reconnue pour être grosse, peut accoucher d'une masse informe ou d'un enfant mort, et mourir elle-même dans l'opération. On fait à l'officier de l'état civil la déclaration de Naissance d'un enfant. Ce fonctionnaire croit sans avoir vu, et constate la Naissance d'un enfant né vivant. On lui déclare postérieurement le décès de la mère; il fait en toute confiance l'acte de décès. Enfin, on lui annonce le décès de l'enfant. Sa confiance, qui n'a point de bornes, lui fait faire ce troisième acte. Ainsi, il devient, sans le vouloir, l'instrument à l'aide duquel une famille est dépouillée parcequ'il a cru sans avoir vu.

C'est donc avec beaucoup de sagesse qu'il est ordonné à l'officier de l'état civil de ne jamais dresser un acte de Naissance sans avoir exigé la représentation de l'enfant.

[[Que doit faire l'officier de l'état civil, lorsqu'on lui présente, soit un enfant mort-né, soit un enfant qui est né vivant, mais qui est mort avant qu'on ait pu constater sa naissance?

Voici ce que règle là-dessus un décret du 4 juillet 1806 :

« Art. 1er. Lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée, sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. Il recevra de plus la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et demeures des père et mère de l'enfant, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère.

» Art. 2. Cet acte sera inscrit à sa date sur les registres des décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non ».

Ce décret ne porte, comme l'on voit, que sur le cas où la naissance de l'enfant n'a pas

été inscrite avant la représentation de son cadavre à l'officier de l'état civil.

Mais dans le cas contraire, quelle foi méritent respectivement deux actes dressés le même jour à des heures différentes, dont l'un constate la naissance d'un enfant, et l'autre énonce qu'il était mort en naissant?

Cette question s'est présentée à la cour d'appel de Paris.

Le 28 vendémiaire an 11, la dame Deshayes, veuve depuis quelques mois, accouche d'un enfant; il est présenté à l'officier de l'état civil, et celui-ci dresse l'acte de naissance.

Le même jour, acte de décès de cet enfant, avec énonciation qu'il *était mort en naissant.*

Cet enfant était il venu mort au monde, ou était il né viable, et avait-il en conséquence transmis à sa mère la succession de son père?

Les héritiers collatéraux du sieur Deshayes prétendent que, du rapprochement des deux actes, il résulte que l'enfant est venu mort au monde, et ils offrent d'ailleurs de le prouver par témoins.

La veuve Deshayes soutient, au contraire, que l'acte de naissance constate authentiquement le fait de la vie de l'enfant au moment où elle est accouchée; que la preuve qui en résulte, ne peut être détruite que par l'inscription de faux; qu'il n'a pu dépendre, ni de l'officier de l'état civil, ni des parties déclarantes, de la détruire par un acte de décès subséquent; que d'ailleurs l'acte de décès n'énonce pas expressément que l'enfant était mort en venant au monde, mais seulement qu'il *était mort en naissant*, expressions qui, bien entendues, ne signifient pas autre chose si ce n'est que l'enfant a donné signe de vie et qu'il est mort par suite des douleurs de l'enfantement.

Le 1er. messidor an 11, jugement du tribunal de première instance de Dreux, qui adjuge la succession du sieur Deshayes à ses héritiers collatéraux, attendu que l'acte de décès constate que l'enfant n'est pas né viable.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Paris, du 13 floréal an 12, qui, *attendu que tous les actes de l'état civil font foi en justice jusqu'à inscription de faux; que l'acte de naissance dont il s'agit, constate par lui seul et sans qu'il soit besoin d'autres preuves, que l'enfant dont la veuve Deshayes est accouchée le 28 vendémiaire an 11, a eu vie; qu'il ne peut être détruit, ni par les inductions que l'on voudrait tirer de l'acte, inséré dans les mêmes registres et le même jour, pour constater le décès du même enfant, ni par les preuves offertes par les intimés, lesquelles ne peuvent être admises contre un acte authentique*, réforme le jugement attaqué, et maintient la veuve Deshayes, comme héritière de son fils, dans la succession de son mari.

On voit, par la manière dont cet arrêt est motivé, que la décision eût dû être la même, si l'acte de décès eût énoncé que l'enfant était mort au moment où il était sorti du sein de la mère; et en effet, il y aurait toujours eu lieu à l'application du principe qu'un officier de l'état civil ne peut pas atténuer, par un acte subséquent, la preuve authentique qui résulte d'un acte qu'il a précédemment dressé.

Que doit faire l'officier de l'état civil, lorsqu'en lui présentant un enfant, on lui déclare qu'il y a plus de trois jours qu'il est né?

Sa marche est tracée par un avis du conseil d'état, du 8 brumaire an 11, qui se rapportait à la loi du 20 septembre 1792, d'après laquelle l'enfant devait être présenté à l'état civil dans les vingt-quatre heures de sa naissance, mais qui s'applique tout naturellement à la disposition de l'art. 55 du Code civil, d'après laquelle les déclarations de naissance peuvent n'êtres faites que *dans les trois jours de l'accouchement.*

Suivant cet avis, qui a été approuvé le même jour, et que l'on trouve dans le Bulletin des lois, 3e. série, no. 225, l'officier de l'état civil ne peut pas rédiger de lui-même l'acte de naissance de l'enfant qu'on lui présente après le délai fixé par la loi; il doit attendre qu'un jugement de rectification l'y autorise.

Et par là se résoud d'elle-même la question suivante:

Si l'enfant n'avait pas été présenté à l'officier de l'état civil dans les trois jours de l'accouchement, la désignation que l'acte contiendrait du jour de la naissance, ferait-elle preuve?

Elle ferait preuve sans doute, si l'acte avait été dressé en vertu d'un jugement de rectification; mais elle serait insignifiante, comme toutes les autres énonciations de l'acte, si l'officier de l'état civil avait rédigé l'acte de son propre mouvement]].

§. V. *Des actes de Naissance des enfans trouvés.*

Toute personne qui a trouvé un enfant nouveau-né, est tenue de le remettre à l'officier de l'état civil. Il doit être dressé un procès-verbal très-détaillé, et qui se compose de deux parties très-distinctes.

La première comprend la déclaration faite par la personne qui a trouvé l'enfant: elle

doit constater la remise qui en est faite, ainsi que les vêtemens et autres effets trouvés avec lui. Il faut aussi relater les circonstances du temps et du lieu où l'enfant était déposé.

La seconde partie appartient en entier à l'officier de l'état civil : il doit désigner l'âge que lui paraît avoir l'enfant, le sexe auquel il appartient, les noms qu'il lui donne, et enfin l'autorité civile à laquelle il doit le faire remettre.

Ce procès-verbal rédigé en présence de témoins, comme un acte ordinaire de Naissance, est inscrit sur les registres de l'état civil (*art.* 88).

Les précautions prises pour faire recueillir et constater, avec le plus grand soin, le moindre indice propre à faire reconnaître l'enfant, prouve toute la sollicitude du législateur pour conserver aux parens qui voudraient le retrouver, des signes de reconnaissance. L'inscription faite sur les registres, du procès-verbal, a pour objet d'assurer à l'enfant trouvé son état dans la société.

Le double but de la loi a été très-bien indiqué par l'orateur du tribunat.

« Quoique le but principal des registres (a-t-il dit) ait été de conserver et de distinguer les familles, de préparer et de former les preuves de la paternité et de la filiation, ils seraient incomplets s'ils ne contenaient la mention de tous ceux qui naissent.

» Appartenir à une famille, être légitime, être reconnu par un père libre de mariage, ce sont là des modifications de l'état, et des distinctions purement civiles et arbitraires, uniquement fondées sur les mœurs de chaque peuple, ou sur la volonté absolue du législateur. C'est l'état particulier ou l'état de tel individu : mais avoir droit à la liberté, à la cité, à la protection de ces lois, c'est l'état public, l'état du citoyen. Tous les membres de la société en sont investis de quelque manière qu'ils y viennent. C'est dans ce sens qu'ils sont égaux.

» C'est pour cela quo la loi ordonne d'énoncer, avec le même soin et dans les mêmes registres, la Naissance des enfans légitimes ou illégitimes, présentés par leurs parens quels qu'ils soient, ou recueillis par une main bienfaisante, ou par la commisération publique,

» Si une rigueur justement adoptée pour les intérêts et le repos des familles, interdit à ces enfans la recherche de leur père, la loi ne prescrit pas moins de décrire avec exactitude tout ce qui leur a été laissé dans leur abandon. Un simple vêtement, un haillon, pourront quelquefois aider à un retour de tendresse ou de remords, et à rendre des enfans à des parens qui les voudraient retrouver, ou auxquels un heureux hasard les fera reconnaître : ici, la loi n'est pas seulement prévoyante; elle est affectueuse et paternelle ».

§. VI. *Des actes de Naissance des enfans nés pendant un voyage de mer.*

Lorsqu'un enfant naît pendant un voyage maritime, son acte de Naissance est dressé par l'officier d'administration de la marine, s'il est sur un vaisseau de l'État; par le capitaine, maître ou patron, s'il est sur un bâtiment appartenant à un armateur. Cet acte est inscrit à la suite du rôle de l'équipage.

Lorsque le vaisseau arrive dans un port français, il est remis deux copies de cet acte au bureau du préposé de l'inscription maritime : s'il arrive dans un port étranger, le dépôt a lieu dans les mains du consul de France.

L'une de ces expéditions reste au bureau de l'inscription maritime; la seconde est transmise au ministre de la marine, qui la fait parvenir à l'officier de l'état civil du père, ou de la mère de l'enfant, si le père est inconnu, et cet officier est tenu de transcrire de suite cette pièce sur ses registres.

Enfin, lors du désarmement du vaisseau, le rôle d'équipage est déposé au bureau de l'inscription maritime. Le préposé en adresse une expédition à l'officier de l'état civil, qui est tenu de l'inscrire sur son registre, conformément aux art. 59, 60 et 61.

§. VII. *Des actes de Naissance des enfans nés aux armées.*

Dans chaque corps de troupe, il est tenu un registre destiné à l'état civil. Ce registre est coté et paraphé par l'officier qui commande le corps. Les quartiers-maîtres et les commandans remplissent, dans les cas prévus, les fonctions d'officier de l'état civil.

Il est tenu un pareil registre à l'état-major de l'armée, par l'inspecteur aux revues, pour les employés de l'armée.

Ces registres doivent être conservés avec soin, et déposés au retour dans les archives de la guerre.

Les déclarations de Naissance doivent être faites dans les dix jours de l'accouchement.

Dans les six jours qui suivent la confection de l'acte, l'officier qui l'a rédigé, est tenu d'en envoyer une copie à l'officier de l'état civil du domicile du père, ou de la mère de l'enfant, si celui du père est inconnu : aussitôt la réception de cet acte, l'officier de l'état civil doit l'inscrire sur ses registres. (*Art.* 88, 89, 90, 91, 92, 93 et 98 *du Code civil*).

§. VIII. *Des actes de Naissance des enfans nés en pays étranger.*

Deux modes sont admis pour constater la Naissance d'un enfant né en pays étranger.

1°. Si le lieu de la Naissance n'est point habité par un consul de France, l'acte peut être fait suivant les lois et usages du pays.

2°. Il peut être fait par les agens diplomatiques ou les consuls qui se trouvent sur les lieux; mais alors il doit être conforme aux lois françaises; c'est-à-dire qu'il doit être fait dans la forme des actes de l'officier de l'état civil (*art.* 47 et 48).

Les articles cités ne laissent à cet égard aucun doute, et l'orateur du tribunat s'exprime également d'une manière précise: « La » loi (dit il) permet aux Français qui sont » momentanément à l'étranger, de suivre les » formes établies dans les pays où ils se trou- » vent, ou de profiter du bénéfice de la loi » française, en s'adressant aux agens diplo- » matiques de leur nation, qui sont considérés » comme officiers de l'état civil. On a donné » à cet égard quelque extension aux disposi- » tions de l'ordonnance de 1681 ».

La loi ne dit pas si ces actes seront adressés à l'officier de l'état civil du domicile du père ou de la mère de l'enfant; mais les mêmes motifs qui l'ont fait ordonner pour les enfans nés dans un voyage de mer, ou dans les armées, exigent également cet envoi pour les enfans nés en pays étranger. Dans les trois cas, l'intérêt des enfans et celui de la société veulent que leur acte de Naissance soit inscrit sur les registres de l'état civil du domicile du père ou de la mère, afin que chacun puisse l'y trouver au besoin.

§. IX. *De la rectification des actes de Naissance*

V. les articles *État civil*, §. 4; et *Mariage*, sect. 4, §. 1, n°. 6.

§. X. *Des moyens de remplacer, dans certains cas, les actes de Naissance.*

L'art. 48 du Code civil porte que, « lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils » seront perdus, la preuve en sera reçue tant » par titres que par témoins; et, dans ce cas, » les mariages, *Naissances* et décès pour- » ront être prouvés, tant par les registres et » papiers émanés des pères et mères décédés, » que par témoins ».

La preuve, tant par titres que par temoins, autorisée par cet article, ne peut être ordonnée qu'autant qu'il est constaté qu'il n'a pas été tenu de registres, ou qu'ils ont été soustraits, ou qu'ils sont perdus. Dans ces cas, la loi est bien obligée d'accorder ce moyen auxiliaire à celui qui ne peut prouver autrement sa Naissance, puisqu'il n'existe pas de registre pour la constater.

Aussi l'orateur du tribunat a-t-il observé, sur cet article, que « si, malgré l'injonction » de la loi, il n'a pas été tenu de registre, si » la malice des hommes ou l'injure des temps » les ont soustraits, alors la preuve légale et » authentique qu'ils sont destinés à fournir, » sera suppléée par la preuve testimoniale; » alors les registres et papiers émanés des » pères et mères, seront consultés; malgré la » juste répugnance des lois pour la preuve » testimoniale, la première chose avant tout, » c'est l'assurance ou le rétablissement de l'é- » tat des hommes ».

V. les articles *Légitimité*, sect. 3; et *Mariage*, sect. 4 §. 2, n°. 5.

§. XI. *Arrêts rendus par la cour de cassation, sur des questions relatives aux actes de Naissance argués de faux.*

I. Depuis le Code civil, il s'est présenté plusieurs fois à la cour de cassation une question très importante: c'est celle de savoir si la supposition dans un acte de Naissance, d'un mariage entre le pere et la mère de l'enfant nouveau-né, constitue un faux de la nature de ceux que prévoit et punit le Code pénal.

Deux arrêts des 18 et 26 brumaire an 12 ont prononcé la négative. *V.* l'article *Faux*, sect. 1, §. 3.

Quelques personnes ont cru entrevoir quelque contrariété entre ces arrêts, et celui qui a été rendu dans l'affaire de Houel, le 10 messidor an 12; mais il y a deux remarques importantes à faire sur l'espèce de ce dernier arrêt.

1°. Le fait imputé à Houel n'était pas seulement d'avoir présenté à l'officier de l'état civil trois de ses enfans adultérins, *comme légitimes*, mais de les avoir fait inscrire sur les registres de l'état civil, comme provenans de son légitime mariage avec Elisabeth Satée, son épouse, quoiqu'ils provinssent réellement de son commerce avec Françoise Chauvel, sa concubine; ce qui constituait, comme l'observe l'arrêt, non pas seulement une énonciation mensongère, mais encore un faux caractérisé par le Code pénal. Ce faux avait pour objet et pour résultat d'opérer une filiation autre que celle de la loi et de la nature, et conséquemment une *suppression d'état.*

2°. Dans l'espèce de cet arrêt, il ne s'agissait pas même de juger si une pareille déclaration faite par Houel, était un faux; mais seulement si, en supposant qu'il y eût faux, c'était le cas

de l'applicatiou des art. 326 et 327 du Code civil, qui veulent qu'en matière d'état civil, la justice criminelle ne puisse connaître du faux qu'après la décision de la justice civile, sur *l'état civil*.

Aussi a-t on justement observé que cet arrêt n'est aucunement contraire, ni même relatif aux deux autres arrêts qui ont décidé qu'il n'y a pas de faux, lorsque la déclaration fausse n'altère pas la substance de l'acte.

Ce principe a été consacré de nouveau par un arrêt rendu le 6 pluviôse an 13, les sections réunies sous la présidence du grand juge, ministre de la justice, dans l'affaire de P... C..., juge du tribunal de.....

P.... C..... avait fait inscrire sur les registres de l'état civil, *comme légitimes et issus de mariage*, trois enfans nés d'une femme qu'il avait auprès de lui, et qu'il présentait comme son épouse, quoiqu'elle ne le fût pas, et quoiqu'il eût lui-même une autre femme.

Il est bon de remarquer que le dernier de ces enfans avait été inscrit le 7 messidor an 11, c'est-à-dire, après la publication de la loi sur les actes de l'état civil qui avait eu lieu le 30 ventôse précédent.

P..... C..... ayant été dénoncé à la cour de cassation (1), il s'y'est élevé la question de savoir s'il serait traduit devant la cour criminelle du département du Tarn, pour y être poursuivi, comme prévenu du crime de faux. Dans une première séance, les avis parurent très-divisés; mais, dans une seconde, la grande majorité fut pour s'en tenir à la jurisprudence déjà établie par les deux arrêts des 18 et 26 brumaire an 12.

« On disait, pour l'affirmative, que par l'art. 56 du Code, le père est chargé de déclarer la Naissance de son enfant; qu'en le faisant, il exerce une espèce de ministère public; que, suivant l'art. 35, l'officier de l'état civil ne peut même insérer dans l'acte que ce qui lui est déclaré; que, suivant l'art. 319, la filiation des enfans légitimes se prouve par les actes de Naissance; qu'en déclarant donc, comme légitime, un enfant naturel, le père commet un *faux* qui doit avoir les plus fâcheuses conséquences dans la société, et porter le trouble dans les familles.

» Pour la négative, on disait qu'aucun article du Code n'exige qu'il soit declaré dans l'acte de Naissance, si les père et mère de l'enfant sont mariés; qu'au contraire, le procès-verbal constate que la proposition de cette déclaration fût rejetée; que, dans ces circonstances, elle est un mensonge, mais non un *faux*, dans le sens que les lois donnent à ce terme; qu'elle ne pouvait même, ici, avoir une grande influence, puisqu'elle serait détruite par l'acte de mariage du juge; qu'il y avait bien des exemples où l'on avait légitimé des enfans adultérins, mais que c'était en considération de la bonne foi de l'un des père et mère, et qu'ici cette bonne foi ne pouvait être alléguée, puisque le père savait bien qu'il était marié avec une autre femme, et que la concubine savait bien aussi qu'elle n'était que cela ».

Ce résumé de la discussion est rapporté par M. Malcville dans son *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, tome 1, page 525. Il était alors président d'une des sections de la cour de cassation. [[Au surplus, la maxime consacrée par cet arrêt et ceux des 18 et 26 brumaire an 12, l'a encore été par trois autres des 2 octobre 1806, 15 octobre 1807 et 5 février 1808. *V.* les articles *Faux*, sect. 1, §. 3, et *Nom*, §. 5, n°. 4.]]

II. Les arrêts que nous venons d'indiquer, ont pour objet de caractériser ce qui peut être regardé comme un faux dans les déclarations de Naissance.

Voyons maintenant les arrêts rendus, depuis le Code civil, sur la poursuite de cette espèce de faux.

Par un arrêt de la cour de cassation, du 10 messidor an 12, rapporté dans le *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Questions d'état*, §. 1, il a été décidé, *consultis classibus*, que la fausseté des noms sous lesquels un enfant prétend avoir été inscrit dans son acte de naissance, ne peut, d'après les art. 323 et 324 du Code civil, être prouvée par la voie criminelle, avant le jugement définitif sur la question d'état de cet enfant.

L'arrêt *Houel* dont nous avons déjà parlé, a également décidé, dans la même séance du 10 messidor an 12, que, lorsqu'il s'agit d'une suppression d'état, les tribunaux civils doivent prononcer sur la vérification des actes et la restitution de la véritable filiation, avant que l'on puisse poursuivre par la voie criminelle les auteurs et complices du faux qui a produit la suppression d'état.

Un troisième arrêt, rendu le même jour, a encore jugé que, lorsqu'il n'y a pas de contestation liée sur l'état d'un enfant, le ministère public ne peut poursuivre d'office le délit de suppression ou de supposition de cet état.

Les espèces de ces deux derniers arrêts se trouvent dans le *Recueil de Questions de droit*, à l'endroit cité, §. 2.

Ainsi la jurisprudence de la cour de cassation, sur l'application des art. 323 et 327, est bien constante. *

[[Je reviendrai là-dessus aux mots *Ques*

(1) *V.* l'article *Censure*.

tion d'état, §. 1, n°. 3, et *Supposition de part*, §. 2, n°. 2.

III. 1°. Y a-t-il lieu à l'inscription de faux incident contre un acte de naissance, en tant que, par suite des déclarations mensongères faites à l'officier de l'état civil qui l'a dressé, et sans que la fausseté en ait été connue de lui, il assigne à l'enfant qui en est l'objet, une autre mère que la sienne; ou bien la fausseté de ces déclarations peut-elle être prouvée par témoins sans le secours de l'inscription de faux?

2°. Si l'inscription de faux est recevable, en thèse générale, contre un pareil acte, l'est-elle de la part d'un enfant qui, dans un procès qu'il a intenté pour se faire déclarer légitime, prétend avoir été faussement inscrit comme né hors du mariage et d'une mère supposée, lorsqu'il n'a en sa faveur ni un commencement de preuve par écrit, ni le concours de présomptions qui, suivant l'art. 323 du Code civil, en tient lieu dans les procès en déclaration de légitimité?

3°. L'est-elle de la part des héritiers d'une donatrice ou testatrice, contre l'acte de naissance du donataire ou légataire, à l'effet de prouver qu'il est son enfant naturel, et qu'à ce titre, il est incapable de recevoir d'elle la totalité de ce qu'elle lui a donné ou légué, lorsque le donataire ou légataire, inscrit sur les registres de l'état civil comme né d'une autre mère en légitime mariage, a une possession d'état conforme à son acte de naissance?

4°. L'est-elle de leur part, lorsque, d'un côté, le donataire ou légataire n'a point de possession d'état conforme à son acte de naissance, et que, de l'autre, faute de commencement de preuve par écrit de la filiation qu'ils lui attribuent, ils ne sont pas recevables à le prouver par témoins?

Sur la seconde de ces questions, *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Question d'état*, §. 3. Les trois autres sont traitées ci-dessus, à l'article *Maternité*, n°. 6]].

NANTISSEMENT. Ce terme a deux acceptions différentes, l'une qui se rapporte au droit commun, l'autre qui est particulière à certaines coutumes.

[[I. De droit commun, « le Nantissement est » un contrat par lequel un débiteur remet une » chose à son créancier, pour sûreté de la det» te ». Ce sont les termes de l'art. 2071 du Code civil.

L'art. 2072 ajoute:

« Le Nantissement d'une chose mobilière » s'appelle *gage*.

» Celui d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse* ».

Ce n'est point de cette espèce de Nantissement que nous nous proposons de parler ici; il en a été suffisamment traité sous les mots *Antichrèse*, *Engagement d'immeubles*, *Faculté de rachat*, *Gage*, *Juifs*, sect. 5, § 4, n°. 5; et nous y reviendrons encore sous les mots *Pignoratif* (*Contrat*), et *Vente*.]]

II. Pris dans sa deuxième acception, qui va seule nous occuper dans cet article, le mot *Nantissement* désigne un acte judiciaire par lequel on prend civilement possession d'un héritage, pour en jouir à titre de propriété, d'usufruit, d'hypothèque, etc. C'est l'ensemble, le complètement et le résultat des formalités que l'on appelle, tantôt *vest* et *devest*, tantôt *dessaisine et saisine*, tantôt *déshéritance et adhéritance*, tantôt *mise de fait*, tantôt, enfin, *main assise*.

Le *Nantissement*, pris dans ce sens, tire son origine du droit féodal. Les seigneurs, ont dit les feudistes, étaient autrefois propriétaires de tous les héritages situés dans leurs territoires respectifs; dans la suite, ils en ont inféodé ou acensé une partie à leurs vassaux; mais le domaine direct de ces fonds demeurant toujours dans leurs mains, ceux-ci n'ont jamais pu, et ne peuvent pas encore, se dire propriétaires dans toute l'étendue de ce mot; par conséquent, a-t-on ajouté, il ne peut pas être en leur pouvoir de transférer leurs droits à des tiers, sans l'intervention des seigneurs: et les donations, ventes ou constitutions d'hypothèque qu'ils en font, ne sont, pour ainsi dire, que des procurations *ad resignandum*: semblables à des bénéficiers qui ne peuvent pas transporter directement leurs prébendes à ceux qu'ils jugent à propos, mais seulement les remettre aux collateurs, pour les conférer aux personnes qui leur sont indiquées par les actes de résignation.

Cette manière de raisonner a été long-temps admise dans la plus grande partie de la France. Le Nantissement était, dans presque toutes nos coutumes, une voie indispensable pour acquérir des droits réels sur les biens dont on était acheteur, donataire, preneur d'hypothèque, etc.; mais dans la suite, l'usage en a été restreint à celles de Picardie, du Vermandois et de la Belgique.

On a été plus loin, sous le règne de Louis XV. L'art. 35 de l'édit de ce prince, du mois de juin 1771, abroge « l'usage des saisines et Nantis» semens pour acquérir hypothèque et préfé» rence, dérogeant à cet effet à toutes les cou» tumes et usages à ce contraires ». Et par

une déclaration donnée le 23 juin 1772, en interprétation de cet article, le même roi dit « avoir entendu que les formalités de saisine » et mise de fait, de Nantissement, ne se» raient point nécessaires pour acquérir hy» pothèque sur les immeubles réels et fictifs. » En conséquence, il ordonne qu'à compter » du jour de l'enregistrement de cet édit, et à » l'avenir, l'hypothèque s'acquerra dans les» dites coutumes, tant par actes passés par» devant notaire, que par jugemens, de la » même manière et ainsi qu'il se pratique » dans les autres coutumes; dérogeant, à cet » effet, à tout ce que lesdites coutumes de sai» sine et de Nantissement pourraient avoir » établi au contraire ».

Ces deux lois n'ont abrogé le Nantissement que par rapport aux hypothèques, et, par conséquent, elles l'ont laissé subsister pour les actes d'aliénation. C'est la remarque de le Camus d'Houlonve, sur la coutume de Boulonnais :

« L'édit de 1771 (dit-il) n'a pas pour objet de procurer à un acquéreur la saisine que la coutume exige qu'il prenne des siéges royaux ou des juges du seigneur, pour se rendre propriétaire incommutable de l'immeuble qu'il a acquis, et prevenir l'effet de toute autre aliénation au profit d'un autre acquéreur ensaisiné ou nanti avant lui.

» Ainsi, le nouvel édit ne change rien aux dispositions de la coutume, relativement à un acquéreur qui ne peut posséder réellement et irrévocablement l'immeuble par lui acquis, qu'il n'en ait été saisi par la voie de la saisine et mise de fait.

» Par cette raison, depuis l'édit, tous les nouveaux acquéreurs d'immeubles situés dans cette province, n'obtiennent des lettres de ratification pour purger tous les droits, privilèges et hypothèques sur les biens par eux acquis, qu'après s'être fait nantir et réaliser sur leurs acquisitions, conformément aux dispositions de la coutume à ce sujet, que l'édit a laissées dans toute leur intégrité ».

Il y a quelque chose de plus dans les provinces belgiques : non-seulement les formalités du Nantissement y sont en vigueur pour les aliénations, mais elles y subsistent encore pour les hypothèques, parceque l'édit et la déclaration cites n'ont ete, ni enregistrés au parlement de Flandre, ni exécutés dans le ressort du conseil provincial d'Artois.

Nous sommes entrés, aux mots *Devoirs de loi*, *Main assise* et *Mise de fait*, dans le détail des formalités qui constituent le Nantissement : ainsi, il ne nous reste plus qu'à exposer les effets qui en résultent.

Et pour ne pas confondre deux objets très-distincts par eux-mêmes, nous parlerons d'abord du Nantissement en matière de translation de propriété;

Nous le considérerons ensuite sous le rapport qu'il a avec les constitutions de charges réelles.

[[Nous finirons en disant quel est actuellement, sur l'un et l'autre objet, l'état de la législation française.]]

§. I. *Effet et nécessité du Nantissement, pour les actes translatifs de propriété. Exceptions.*

I. Ce n'est point par de simples contrats, mais par tradition que l'on transfère la propriété des choses: *Traditionibus....... dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, dit la loi 20, C. *de pactis*.

La tradition des choses mobilières se fait ordinairement de la main à la main; celle des immeubles ne peut se faire, dans les pays de Nantissement, que par des devoirs de loi ou par mise de fait; et tant qu'elle n'est point effectuée, l'acquéreur ne peut être considéré comme propriétaire; tout son droit est borné à une action personnelle contre celui qui a signé le contrat d'aliénation à son profit.

Toutes les coutumes de Nantissement n'ont qu'une voix sur ce point.

« Personne ne pourra vendre, changer, donner charge, bailler à rente, ni en autre manière aliener ses fiefs, que par desheritance par-devant les seigneurs ou baillis et hommes de fief dont ils seront tenus ».(*Hainaut*, chap. 94, art. 1).

« Tous biens immeubles, soient-ils héritages ou rentes, ne peuvent valablement être aliénés par contrat par-devant notaire et témoins, ni autrement que par-devant justice, pour donner titre et action réelle ». (*Liége*, chap. 6, art. 1).

« Pour acquérir droit réel en aucun héritages, soit à titre de don, achat, échange et autre aliénation, il est requis en faire apprehension de fait... en évoquant ceux à qui ce touche, par dessaisine et saisine faite par-devant les hommes et en la cour du seigneur dont tels héritages sont tenus, ou par mise de fait par la justice du seigneur ou autre souveraine et competente, tenue et décrétée de droit. Autrement, sans apprehension par.... mise de fait ou par dessaisine, et saisine, nul ne peut valablement... transmettre ne transporter héritages de son chef en autre personne ». (*Artois*, art. 71).

« Une personne ayant donné ou vendu ver-

lablement ses maisons, fiefs ou héritages est et demeure vraie héritiere et propriétaire, jusqu'à ce qu'elle en soit déshéritée, ou que les donataires ou acheteurs y soient tenus et déerétés par mise de fait ou autre apprehension judiciaire ». (*Châtellenie de Lille*, tit. 10, art. 3).

« Pour acquérir droit de seigneurie et propriété en aucun héritage, est requis que le vendeur, ou procureur pour lui suffisamment fondé, se devête ès mains de la justice fonciere sous laquelle est ledit héritage acquis au profit de l'acheteur, et qu'icelui acheteur en soit vestu et saisi de fait : et se fait communément ladite vesture par tradition d'un petit bâton ou bûchette ». (*Vermandois*, art. 126).

On trouve les mêmes dispositions dans les coutumes de Cambrésis, tit. 5, art. 1; d'Amiens, art. 137; de Boulonnais, art. 115; de Ponthieu, art. 118; de Péronne, art. 264; de Rheims, art. 162; de Chaulny, art. 32, etc.

II. Puisque c'est la tradition qui fait le proprietaire, et que le Nantissement est la seule tradition légale qui soit reconnue dans les coutumes dont il s'agit, il est clair que de deux acheteurs ou donataires d'un même bien, celui qui est nanti le premier, doit avoir la préference sur l'autre, quoique son contrat soit postérieur en date : c'est ce qui résulte de la loi 15, C. *de rei vindicatione*; et c'est ce que décident formellement les coutumes de Vermandois, art. 28; de Chaulny, art. 33; et de Rheims, art 166. La première est ainsi conçue : « Et ne suffit à l'acheteur de soi mettre et immiscer de son autorité privée en l'héritage par lui acquis; de sorte que, si le vendeur vendait derechef ledit héritage à autre auparavant le vest baillé audit premier acheteur, en ce cas, le dit second acheteur serait fait seigneur de la chose à lui vendue ».

La coutume de la châtellenie de Lille porte également, tit. 10, art. 4, qu'une « vente ou donation réalisée fait préférer à autre vendition ou donation précédente, verbalement faite seulement ».

Cette règle admet cependant deux exceptions.

La première nous est retracée par l'art. 131 de la coutume de Vermandois : « Toutefois est à entendre que le refus ou délai que le seigneur foncier ou ses officiers pourraient faire à l'acheteur de le vestir, pour quelque cause que ce fût, ne lui peut préjudicier contre autre second acheteur, qui, depuis, se serait fait vestir par ledit seigneur ou ses officiers : et suffit en ce cas, pour exclure ledit second acheteur, que le vendeur se soit premièrement devêtu au profit dudit acheteur, encore qu'icelui acheteur n'ait depuis été vestu, au moyen du refus ou délai des susdits ».

L'art. 169 de la coutume de Rheims contient la même disposition, et l'art. 170 ajoute : « Peut ledit premier acheteur, depuis l'an et jour d'icelle acquisition intenter cas de nouvelleté contre ledit second acheteur qui le voudrait troubler en sa possession, sous ombre qu'il eût été le premier vestu et ensaisiné dudit héritage par lui acquis ».

La deuxième exception a pour objet le cas où le second acheteur qui s'est fait nantir le premier, était instruit, soit en contractant, soit en prenant saisine, qu'il existait déjà un contrat de vente du même bien : comme le dol ne doit jamais tourner à l'avantage de celui qui l'a employé, il y aurait en ce cas de l'injustice à préférer le second acheteur au premier; on doit alors accorder à celui ci une action révocatoire pour faire casser le Nantissement de l'autre, à peu près comme on permet à un simple créancier chirographaire, de révoquer par l'action paulinne les aliénations qui ont été faite en fraude de sa créance. C'est ce que pense Desmasures, procureur général du conseil d'Artois, dans les *Observations* manuscrites qu'il a laissées, liv. 3, tit. 10; et on le juge ainsi dans toutes les coutumes.

Le Hainaut même, c'est-à-dire, la province où l'on s'attache le plus rigoureusement à la nécessité des devoirs de loi pour transférer ou acquérir le domaine d'un immeuble, le Hainaut suit là-dessus les mêmes principes que les autres pays de Nantissement; témoin Cogniaux, avocat au conseil souverain de Mons, dans sa *Pratique du retrait*, page 97 :

« Si le même fief (dit-il) a été vendu à deux diverses personnes, et que le second acheteur ait su, lors de son contrat, que la vente du même fief était déjà faite à un autre, quoique ce second en ait été le premier investi....., il est certain qu'en ce cas, la seconde vente est nulle, et que le second acheteur est tenu de remettre le fief acheté au premier. Car la loi 15, C. *de rei vindicatione*, n'a lieu qu'entre des acheteurs de bonne foi.....

» Cette question s'étant présentée en ce conseil en l'an 1710, au procès du conseiller Boele, demandeur en cassation de la vente de la terre de Courcelle, elle lui fut adjugée, quoiqu'il n'eût pas eu les vêtures, mais un simple contrat personnel, et que le second acheteur en eût été investi ».

Nous voyons dans un recueil manuscrit, que l'arrêt dont parle ici Cogniaux, est du 26 juin 1710, et qu'il a été rendu contre le prince de Croy, au rapport de M. Hanot de Fleuru.

Ce que nous disons des deux acheteurs, on doit le dire aussi de deux locataires dans les coutumes où il est d'usage de nantir les baux. *V.* l'article *Mise de fait*, §. 4, n°. 3.

La raison qui, dans la thèse générale, fait préférer un second acheteur ou locataire qui a pris saisine, à un premier qui s'est mis seulement en possession de fait, doit aussi faire décider qu'un bien vendu ou donné est sujet, entre les mains de l'acheteur ou donataire non réalisé, à toutes les poursuites des créanciers mêmes chirographaires du vendeur ou donateur. Ecoutons Maillart sur l'art. 71 de la coutume d'Artois : « Par arrêt rendu à la » grand'chambre (du parlement de Paris), au » rapport de M. Hennequin, le 1er. juin 1702, » des héritages situés à Abbeville et en Pon- » thieu, ont été déclarés affectés à une hypo- » thèque créée par sentence consulaire, du 7 » octobre 1687, quoique vendus par décret » dès le 5 juin 1684, parceque l'adjudicataire » n'avait pas pris de saisine sur son adjudi- » cation ».

III. Quoique la possession, prise de fait et avec le consentement exprès ou tacite de celui qui vend ou donne, ne puisse pas d'elle-même assurer une propriété incommutable à l'acheteur ou donataire, si cependant elle durait un certain temps, elle suppléerait au Nantissement, et en produirait tous les effets. C'est ce que l'on peut inférer de la loi 2, C. *de acquirendâ possessione*. Un acheteur était depuis long-temps en possession du bien qu'on lui avait vendu; mais il ne rapportait pas la preuve que la tradition lui en eût été faite; et l'on prétendait en conséquence faire déclarer sa possession nulle et illégitime; mais l'empereur Alexandre défendit de l'inquiéter, parceque le temps pendant lequel il avait possédé, devait faire présumer la tradition : *Minùs instructus est qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuam possessionem ejus quod per procuratorem emisti, non sis inductus, cùm ipse proponas te diù in possessione ejus fuisse omniaque ut dominum gessisse.*

Quelques interprètes ont expliqué le mot *diù* par dix ans, et cinq de nos coutumes ont adopté leur opinion :

« Néanmoins, constitution de rente passée par-devant notaire et témoins, ou bien sous signature et scel, oblige le constituant, et payes de dix ans ensuivies ont force de transport aussi bien contre un tiers-acquéreur, après les dix payes accomplies, que contre le transporteur ». (*Liége*, chap. 6, art. 6).

« Mais si ledit acheteur avait joui paisible- » ment par dix ans entiers de l'héritage par » lui acquis, il en est fait vrai seigneur et pro- » priétaire par le moyen d'icelle acquisition et » jouissance, et équipolle telle jouissance de » dix ans à tradition et vesture ». (*Vermandois*, art. 130).

Les coutumes de Rheims, art 168, de Chaulny, art. 35, et de Péronne, art. 265, s'expliquent de même.

Deghewiet prétend que la disposition de ces coutumes doit être étendue à tous les pays de Nantissement. « La possession paisible » de dix ans (dit-il, dans ses *Institutions au » droit belgique*), vaut adhéritance, suivant » l'arrêt du parlement de Flandre, rendu le 12 » octobre 1699 ».

» Mais cet arrêt est rapporté par Desjaunaux, avec toutes ses circonstances et les moyens des parties; et l'on voit clairement, par les détails dans lesquels entre ce magistrat, qu'il n'a rien jugé de ce que lui prête Deghewiet : on en trouvera ci-après, n° 4, la véritable décision.

Il serait plus raisonnable de restreindre les coutumes citées dans leurs territoires, et de dire que partout ailleurs il faut, pour suppléer au Nantissement, une possession égale à celle que les différentes lois municipales exigent pour la prescription des immeubles.

Ainsi, dans la coutume du Hainaut, on ne peut prescrire un fief que par le laps de vingt et un ans. En conséquence, Cogniaux dit, dans sa *Pratique de retrait*, page 92, qu'un acheteur non ensaisiné ne peut, en cette province, « avoir acquis la propriété que par un terme » de vingt et un ans, et qu'il n'y a que cette » prescription qui équipolle à vest et devest ».

J'ai toujours vu cette doctrine approuvée par les plus habiles avocats du parlement de Flandre : on trouvera ci-après, n°. 4, un arrêt de cette cour du 17 décembre 1771, qui la confirme expressément; et Stockmans en rapporte un du conseil souverain de Brabant, du mois de juillet 1644, qui a jugé dans une coutume où l'on ne prescrit que par l'espace de trente ans, qu'une possession paisible de vingt-cinq années consécutives n'avait pas réalisé un contrat d'achat.

IV. Quoique l'acquéreur qui n'a ni pris saisine, ni possédé pendant le temps requis pour y suppléer, ne soit pas réputé propriétaire du bien qu'il possède de fait, il ne laisse pas de jouir à certains égards des effets d'une

propriété véritable, et l'on peut dire en général que ses droits sont les mêmes, dans tous les cas où il n'y a pas de tiers intéressés, que s'il avait rempli les formalités du Nantissement. C'est ce qui résulte de la note de Dumoulin sur l'art. 119 de la coutume de Vermandois.

Ainsi, point de doute qu'un tel possesseur ne soit recevable à se pourvoir en complainte contre ceux qui viennent le troubler. L'art. 167 de la coutume de Rheims en contient une décision expresse: « Et combien que ledit » premier acquéreur eût joui par un, deux, » trois, quatre, cinq, six, sept, huit, et » neuf ans, s'en soi faire vêtir dudit héritage » par lui acquis, et qu'*il peut s'en défendre » au possessoire*, néanmoins au pétitoire sera » mal fondé..... ». Telle est aussi la disposition de la coutume de Vermandois, art. 129, et de celle de Chaulny, art. 34.

D'après le même principe, il est clair que le bien dont on n'a pas pris saisine, ne laisse pas de tenir nature d'immeuble dans la personne de celui qui l'a acquis, et d'être réglé comme tel, soit en communauté, soit en succession.

On objectera peut-être que, par les coutumes de Bergues-Saint-Winock, rubr. 17, art. 9, et de Gand, rubr. 20, art. 14, « propriété » achetée ou acquise par le mari ou la femme » avant le mariage... si tant est que l'acheteur » ou l'acquéreur en fût ensaisiné avant le ma- » riage, lui appartiendra, et suivra son côté » et ligne, comme chose qui lui est propre... » Mais s'il n'était point ensaisiné, elle sera » réputée pour conquêt ».

Mais cette disposition qui, dans les deux coutumes citées, n'est susceptible d'aucune restriction, ne peut, hors de leurs territoires et dans les coutumes muettes, s'appliquer qu'au cas où l'acheteur n'a pris possession de l'héritage, ni de fait, ni par Nantissement; alors, il est vrai, *on doit considérer l'action qu'il a pour se le faire livrer, comme un effet mobilier*, et, en cette qualité, sujet à entrer en communauté (*V.* ci-après, n°. 5); mais quand il en a pris possession de fait, le droit qu'il a acquis par ce moyen, ne peut être considéré que comme un immeuble. C'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts.

Ecoutons d'abord Dufresne, sur l'art. 137 de la coutume d'Amiens:

« Les héritages ou rentes acquises par un défunt, ou les choses qui loi sont advenues par donation, échange, ou autres contrats passés par-devant notaires, sont réputés immeubles en sa succession, bien que lesdits contrats n'aient été nantis ou réalisés..... selon qu'il a été jugé en cette coutume, au rapport de M. Leprestre, le 18 décembre 1604, en la cinquième chambre des enquêtes.

» Le même avait été auparavant jugé en la coutume de Boulonnais, voisine de celle d'Amiens, le 17 mars 1601, au rapport de M. Pinon, en la quatrième chambre des enquêtes ».

Le premier de ces arrêts se trouve aussi dans le recueil de Leprestre; mais ce magistrat, plus digne de foi, sans doute, que Dufresne, le date du 18 septembre, au lieu du 18 décembre.

Le président Dubois d'Hermanville, page 110, nous retrace une semblable décision du parlement de Flandre.

Il s'agissait de savoir si, dans la coutume de Cambrésis, qui exclud de la communauté les conquêts féodaux, et les donne au mari seul, une femme pouvait, après la dissolution du mariage, prétendre quelque chose à deux fiefs que le mari avait achetés et possédés de fait, mais dont il n'avait pas pris saisine.

On disait pour elle, que le mari « n'avait » jamais été propriétaire de ces deux fiefs, » quoiqu'il les eût achetés durant son mariage, » par deux raisons: la première, parcequ'il » n'en avait point fait déshériter le vendeur, » et n'en avait point été adhérité..... La se- » conde consistait à dire que, quoique l'adhé- » ritance se puisse prescrire, il n'avait point » accompli le terme de la prescription, qui » est de vingt ans dans cette coutume, pour » acquérir, par ce moyen, droit réel dans les » héritages possédés ».

On concluait de là, que la veuve « s'étant » immiscée dans la communauté, elle avait la » moitié des actions personnelles, suivant l'art. » 8 du titre *des droits concernant gens ma- » riés* », (rapporté ci-après, n°. 5).

Nonobstant ces raisons, la cour, dit M. Dubois d'Hermanville, « se conformant au *re- » tentum* qu'elle avait fait le 6 juillet 1690, a, » par son arrêt du 24 octobre 1691, adjugé à » Couppé et sa femme (héritiers du mari), les » deux fiefs dont il était question ».

L'arrêt du même parlement, du 12 octobre 1699 dont on a déjà parlé, d'après Deghewiet, est fondé sur le même principe que ceux que l'on vient de rapporter; en voici l'espèce, telle que nous la présente Desjaunaux.

Un particulier ayant disposé par testament, d'un héritage situé en Hainaut, qu'il avait acquis et possédé de fait jusqu'à sa mort, son héritier prétendit que le legs était nul, parce qu'il n'est pas permis dans cette coutume, de disposer d'un immeuble par testament.

Le légataire répondit « que le droit acquis » par le testateur sur les terres en question, » ne consistait, faute d'adhéritance par lui » prise, qu'en une action pour avoir la chose » achetée; que ce droit était tout mobilier, » et par conséquent que la disposition testa- » mentaire en était valable; qu'on ne pouvait » pas douter qu'un acheteur d'un fonds, avant » d'en prendre adhéritance, pouvait le don- » ner, vendre et en disposer sans deshéritance; » qu'il n'y avait donc point de raison de l'em- » pêcher de le faire par testament »

Sur ces raisons, il intervint, au bailliage seigneurial de Férin, une sentence qui débouta l'héritier; mais par l'arrêt cité, rendu après partage, cette sentence fut infirmée, et l'héritier maintenu dans le bien litigieux.

Cette jurisprudence a été affermie au parlement de Flandre, par un autre arrêt du 9 juin 1712.

Le sieur Hardy avait acheté en 1685, la seigneurie de Rengis située dans le Hainaut, et il était mort en 1693, sans en avoir pris adhéritance. Sa veuve regardant cette acquisition comme un effet de la communauté mobilière qui lui étoit dévolue en totalité, s'y était fait nantir par devoirs de loi, du 3 mars 1693, et avait ensuite contracté un second mariage avec le sieur Ansel.

Quelques temps après, le sieur Pottel et son épouse, héritiers légitimes de l'acquéreur, donnèrent requête à la cour féodale de Leuze, pour le faire condamner à leur abandonner ce fief; ce qu'ils obtinrent par sentence du 4 décembre 1710.

Sur l'appel au parlement, Ansel et sa femme offrirent de prouver que l'usage de toute la province était conforme à leur prétention : en conséquence, le 17 décembre 1711, il intervint un arrêt conçu en ces termes : « La cour admet » lesdits Ansel et sa femme à prouver par tur- » bes, pièces, titres ou autrement comme il » appartiendra, que, suivant l'usage reçu en » Hainaut, l'action résultant du contrat d'a- » chat d'un fief situé en ladite province, sans » avoir été suivi d'aucune deshéritance ni ad- » héritance, et sans que ledit fief eût été » possédé par l'acheteur pendant un temps » suffisant à prescription, est réputée mobi- » lière; sauf la preuve contraire; pour, ce » fait et rapporté à la cour, être fait droit aux » parties, suivant l'arrêté de ce jour ».

A la suite de cet arrêt, était un *retentum* portant qu'au cas qu'Ansel et sa femme fissent la preuve à laquelle ils étaient admis, la sentence serait infirmée, et que les héritiers seraient deboutés de leur demande; et que, dans le cas contraire, l'appellation serait mise au néant.

« En conséquence (dit le président Desjaunaux), les parties firent entendre chacune » trente avocats et praticiens du Hainaut en » trois turbes, et produisirent de part et d'au- » tre divers préjugés, tant de la cour de » Mons que du conseil ordinaire et du souve- » rain chef-lieu; de tout quoi, il résultait » que cette question était problématique, et » s'était jugée différemment, et par consé- » quent que l'usage n'était pas constant en » Hainaut : de sorte que la cour a prononcé » conformément à la seconde partie de l'arrêté » ci-dessus ».

Le conseil souverain de Mons a jugé de même peu de temps après.

Jean d'Hyoncq avait pris en arrentement perpétuel un moulin situé à Thiculain, chef-lien de Valenciennes. Après sa mort, Arnoud d'Hyoncq, l'un de ses enfans, en prit adhéritance, et fit exprimer dans l'embref, que son père l'avait possédé de fait depuis la passation du contrat jusqu'à son décès. Comme il était marié, à cette époque, les héritiers de sa femme prétendirent, dans la suite, que ce bien était un conquêt de communauté, et que par conséquent ils devaient en avoir la moitié; mais ils furent déboutés par un arrêt du mois d'octobre 1712.

On leur opposait un autre arrêt du 5 février 1679, par lequel il avait été jugé entre le sieur Deville et la dame Rabertine de Glisseul, qu'une maison achetée et possédée de fait pendant un premier mariage, devait appartenir aux enfans qui en étaient nés, quoique l'adhéritance n'en eût été prise qu'en secondes noces. On sait que les chartes générales du Hainaut affectent les acquêts faits pendant chaque mariage, aux enfans qui en proviennent. (*V.* l'article *Dévolution coutumière*, §. 2).

Voici l'espèce d'un troisième arrêt de la même cour, qui mérite une attention particulière. Un homme achete un heritage; à peine en a-t il pris possession, qu'un de ses créanciers le fait saisir par *main-mise*. (*V.* ce mot). Quelques jours après, il prend adhéritance, et alors se présente un autre créancier, qui fait exploiter une nouvelle main-mise. Question de savoir lequel des deux saisissans doit être préféré; et le 8 juillet 1684, arrêt en faveur du premier.

[[On a vu aux mots *Gains nuptiaux*, §. 2, que le conseil de Brabant jugeait constamment le contraire.]]

V. J'ai dit plus haut, n°. 4, que, dans le cas

où l'acheteur n'a pris possession, ni de fait, ni par 'Nantissement, *on doit considérer l'action qu'il a pour se faire livrer, comme un effet mobilier.*

On opposera sans doute à cette proposition, que les actions qui tendent à avoir un immeuble, sont réputées immobilières. C'est, en effet, ce qu'enseignent une foule d'auteurs français, flamands, hollandais et allemands; c'est même la disposition textuelle des coutumes de Normandie, art 490, et de Berri, tit 4, art 2. On peut ajouter qu'elle paraît fondée sur plusieurs textes du droit romain. *Id apud se quisque habere videtur de quo habet actionem; habemus enim quod peti potest;* ce sont les termes de la loi 143. D. *de verborum significatione.* La loi 49 du même titre ne paraît pas moins précise : *Æque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam hæc omnia in bonis esse videntur.* La même décision est écrite dans la loi 64, §. 6, D. *soluto matrimonio.*

Malgré toutes ces autorités, on ne peut s'empêcher de rendre justice à Voët (sur le Digeste, liv. 1, tit. 8, no. 21) qui, ne donnant la qualité d'immeubles, qu'aux actions réelles, range dans la classe des effets mobiliers toutes les especes d'actions personnelles, n'importe qu'elles aient des meubles ou des fonds pour objet.

La raison qu'il en donne, n'est cependant pas concluante : c'est, dit-il, parceque ces actions existent dans la personne du débiteur, et que par conséquent elles doivent être mobilieres comme lui. On sent toute la faiblesse de cette raison : une rente n'existe que dans le créancier; et quoique celui-ci puisse à chaque instant passer d'un endroit à un autre, on ne laisse pas de regarder la rente comme un immeuble dans les coutumes qui n'ont pas de disposition contraire.

J'aimerais mieux dire que les actions personnelles dont il s'agit ici, ne peuvent pas être réputées immobilieres, parcequ'il arrive très-souvent qu'elles ne remplissent pas leur objet, et qu'au lieu de procurer à ceux à qui elles appartiennent, la propriété d'un immeuble, elles ne lui procurent qu'une somme d'argent; car il est de la nature de toutes les obligations qui consistent *in faciendo*, de se résoudre en dommages-intérêts. Quand un vendeur, par exemple, s'obstine à ne point livrer le bien qu'il a vendu, la seule ressource qui reste à l'acheteur, est de le faire condamner à la restitution du prix, et à l'indemniser de tout ce qu'il souffre par l'inexécution de l'acte. Aussi la loi 204, D. *de regulis juris*, dit-elle, en parlant d'une action personnelle en général : *minùs est actionem habere quàm rem.*

Quant aux autres lois rapportées ci-dessus, elles ne signifient rien autre chose, si ce n'est que l'on doit faire entrer nos dettes actives dans le calcul de notre fortune; mais du reste, elles ne les placent pas sur la même ligne que les choses mêmes qui en sont les objets, et elles ne disent pas que le créancier d'un immeuble doit être considéré comme s'il en était propriétaire : il y a loin, en effet, d'une telle créance à son exécution, et les lois mettent une grande différence entre une obligation et la chose à l'acquisition de laquelle elle tend.

Un testateur ayant légué toute l'argenterie qui lui appartenait, le légataire prétendit avoir aussi celle que le défunt avait achetée, mais qui ne lui avait pas été livrée : la loi 37, D. *de auro*, a condamné sa prétention : *Argento omni legato quod suum esset, sine dubio non videtur suum esse quod vindicari non possit.* La loi 34 du même titre décide précisément la même chose.

Mais la loi 15, §. 4. D. *qui satisdare coguntur*, paraît encore plus formelle : elle exempte de l'obligation de donner caution de dépens, tout plaideur qui possède des immeubles, et elle y assujétit celui qui n'a qu'une action personnelle pour demander un fonds de terre, *qui fundi personalem petitionem habet.* On ne peut sans doute pas de preuve plus claire qu'une action personnelle n'est pas de la même nature que son objet.

De ce principe résultent plusieurs conséquences.

Par exemple, un homme achète un héritage avant de se marier; mais la tradition ne lui en est faite qu'après son mariage : cet héritage entre-t-il en communauté?

Sans doute, dans l'acquisition d'une chose, il ne faut pas considérer le temps du contrat, mais celui de la tradition. C'est ce qui résulte de la loi 4, C. *de donationibus antè nuptias*, laquelle déclare nulle une donation faite par un mari à sa femme, sur le fondement qu'il n'en avait fait la délivrance qu'après la cérémonie nuptiale, quoique l'acte fût antérieur à cette cérémonie. Ainsi dans notre hypothèse, on ne peut pas dire que le bien ait été acquis avant le mariage : le mari n'avait, à cette époque, qu'une action pour se le faire livrer; et cette action, étant mobilière, est nécessairement entrée en communauté.

En vain dirait on avec Stockmans, que la prise de possession a un effet rétroactif au contrat, et que par conséquent le mari, en re-

nant possession après le mariage, est censé avoir possédé la chose auparavant : le principe et la conséquence sont également faux; et je n'ai besoin, pour détruire l'un et l'autre, que de la loi que je viens de citer.

Au surplus, je sais que j'avance ici un paradoxe, ou, si l'on veut, une proposition trop peu développée jusqu'à présent; mais je ne prétends pas réformer la jurisprudence, je cherche seulement à faire sentir la vérité à ceux qui ont des yeux pour la voir.

D'ailleurs, l'opinion que je soutiens, n'est pas universellement rejetée; on a déjà vu que les coutumes de Gand, de Bergues-Saint-Winock l'adoptent formellement; il en est de même de celle de Cambrésis; car elle déclare, tit. 7, art. 8, les époux « communs du jour de » leur noces, en tous leurs biens, meubles, » dettes, noms et *actions personnelles*, acti» ves et passives ». Cet article ne peut pas être restreint aux actions qui ont des meubles pour objet; la disposition en est générale, et s'il est vrai que nous ne devons pas distinguer quand la loi ne le fait pas, il ne faut en excepter aucune espèce d'obligations personnelles, ni par conséquent celles qui tendent à des immeubles.

L'art. 137 de la coutume d'Amiens contient virtuellement la même disposition : il décide que la tradition de fait produit, par rapport aux contractans et à leurs héritiers, les mêmes effets que le Nantissement opère à l'égard des seigneurs, des créanciers et des tiers-acquéreurs. Or, le droit de l'acheteur d'un héritage est considéré, avant le Nantissement, comme un meuble par rapport aux seigneurs, aux créanciers et aux tiers acquéreurs; il doit donc être considéré de même relativement à l'acquéreur et à ses héritiers, avant la tradition de fait.

Quel que soit à cet égard l'usage du bailliage d'Amiens, il est certain que tel est l'esprit de la coutume, et que telle a été l'intention des rédacteurs.

Enfin, le système que j'embrasse ici, a été confirmé par un arrêt du conseil souverain de Brabant, du 6 avril 1650, rapporté dans le recueil de Stockmans, §. 140.

De Humayn, page 228, dit que « le 26 juin » 1621, il fut examiné au grand conseil de » Malines, si l'action compétente *ad feudum*, » devait succéder et être répartie entre co-hé» tiers, ou appartenir à l'aîné seulement, » comme le fief propre. Le fief en question » était en la châtellenie de Lille, selon la » coutume de laquelle le vendeur ou donateur » d'un fief n'est tenu à la tradition, mais passe » en refondant dommages et intérêts, à faute » de tradition. Il fut résolu que ladite action » ne devait succéder à l'aîné, mais serait ré» partie entre tous les co-héritiers comme » personnelle et mobilière, ayant égard à son » objet ».

Cuvelier, page 457, rapporte le même arrêt, et ajoute que « le semblable a été encore » jugé, l'an 1615, pour le procureur-général, » contre le sieur de Blois ».

[[Aujourd'hui, cette question est sans objet, parceque, du vendeur à l'acheteur, comme du donateur au donataire, la propriété est transférée de plein droit par le contrat de vente et par l'acte de donation. (*V.* les articles *Donation*, *Tradition* et *Transcription*); et que par conséquent il sort du contrat de vente et de l'acte de donation, une action en revendication qui est immeuble comme son objet. *V.* le Code civil, art. 526.]]

VI. Il y a certaines espèces d'actes qui réalisent de plein droit et sans le secours du Nantissement.

1°. Tels sont d'abord tous ceux que fait un souverain relativement aux terres qu'il possède dans ses états. C'est ce que pense Néostade, dans son recueil d'arrêts du conseil souverain de Hollande, §. 15; et c'est ce qu'a jugé un arrêt du grand conseil de Malines, du 18 décembre 1620, rapporté par Dulauri, §. 34.

La raison qu'en donne celui-ci, est que « telles solennités ès contrats du prince » ne sont requises, et que sa personne vaut » toute solennité ».

[[Mais celle de Néostade est plus satisfaisante : c'est que, même dans le droit romain, la tradition (qui est représentée dans les pays de Nantissement, par les formalités de dessaisine et saisine, de déshéritance et d'adhéritance) n'est pas nécessaire à la réalisation des contrats souscrits par le prince, et que ces contrats sont par eux-mêmes translatifs de propriété : *eo ipso quod princeps vendit, donat, transfert, non requiritur alia traditio*; maxime que ce jurisconsulte confirme par une foule d'autorités, et sur laquelle s'est exactement modelée la loi du 13-20 avril 1791, lorsqu'elle a dit, art. 30, que les *transcriptions substituées* par celle du 19 27 septembre 1790 aux formalités du Nantissement, ne seraient *nullement nécessaires pour transférer la propriété des biens nationaux, soit aux particuliers qui s'en rendraient directement adjudicataires, soit à ceux qu'ils déclareraient leurs commands, d'après la réserve faite hors des adjudications.*]]

2°. Il ne faut pas non plus de Nantissement

pour aliéner des immeubles fictifs, tels qu'une rente constituée, un office, etc. « Cette manière de tradition (dit Cogniaux, *Pratique du retrait*, page 12) n'est introduite que pour les immeubles réels et effectifs, et nullement pour les fictifs ».

Ce que nous disons des rentes, n'a cependant pas lieu en Hainaut à l'égard de celles qui sont hypothéquées sur des biens fonds ; car elles en sont considérées comme des parties intégrantes, et même elles en prennent tellement la nature, que celles dont l'hypothèque est assise sur un fief, sont féodales, et ainsi des autres espèces de biens : d'après cela, on ne doit pas trouver surprenant qu'elles ne puissent pas être aliénées sans déshéritance et adhéritance. L'art. 57 de la coutume du chef-lieu de Valenciennes est formel sur ce point. « La femme ès ventes, charges, rapports et autres aliénations des héritages et *rentes immobilières* procédant de son lez et côté, s'en devra *déshériter*, étant autorisée de ce faire par son mari ».

Mais en Hainaut, comme ailleurs, lorsque les rentes ne sont immeubles que par fiction, c'est-à-dire, lorsqu'elles ne sont pas hypothéquées sur des héritages, il ne faut ni déshéritance pour s'en dépouiller, ni adhéritance pour les acquérir. C'est ce qui a été jugé par quatre arrêts du conseil souverain de Mons, que nous avons extraits du recueil manuscrit de M. Tabon.

Le premier est du mois de janvier 1708 : il s'agissait d'une rente constituée sur une communauté par remploi des deniers qu'un mineur avait tirés de la vente d'un fonds.

Le second est du 15 janvier 1709 : il était question d'une rente sur les états de Hainaut, stipulée main-ferme par l'acte de constitution, suivant la faculté qu'en donnent les chartes générales.

Le troisième est du 17 du même mois : il a prononcé sur une espèce semblable à celle du précédent : la rente contestée était due par la ville de Mons.

Le quatrième est du 7 septembre suivant : il a été rendu dans l'assemblée des chambres, et tous les juges, en opinant, sont convenus, d'une voix unanime, qu'il ne faut point de devoirs de loi pour les transports ou dispositions de rentes stipulées main-fermes, soit par contrat de mariage, soit par acte de constitution sur une communauté, soit par avis de père et de mère, soit enfin par testament.

3°. On a dit aux mots *Décret d'immeubles*, §. 3, n°. 5, qu'il y a quelques coutumes où l'adjudicataire par décret n'a pas besoin d'œuvres de loi pour acquérir la propriété pleine et incommutable; mais on y a ajouté que cet usage doit être restreint aux pays où il est en vigueur, et que le droit commun des provinces de Nantissement n'attribue pas au décret la vertu de réaliser de plein droit. On peut joindre aux autorités citées à l'appui de cette proposition, un arrêt du premier juin 1702, rendu dans la coutume de Ponthieu ; il est rapporté ci-devant, n°. 2, d'après Maillart.

4°. La faveur des contrats de mariage est-elle assez grande pour dispenser des formalités du Nantissement les dispositions d'immeubles qui se font par ces sortes d'actes ?

Les coutumes n'ont là-dessus rien d'uniforme.

Celle de Bruxelles, art. 251, porte que « les contrats de mariage faits par-devant les échevins de la ville, par-devant notaires et témoins, ou sous signature des contractans, et par après reconnus par-devant les échevins ou notaires et témoins, affectent et donnent droit réel au regard des donations, transports, assignations et obligations y contenues, nonobstant qu'iceux ne soient reconnus par-devant cour et juges compétens, *sauf les fiefs* et rentes qui ont besoin d'octroi ».

La coutume de Tournai, tit. 16, art. 2, en dispose de même : « donations de mariage faites d'aucuns héritages *non féodaux* à l'homme ou à la femme en traitant icelui, adhéritent les donataires contrahants, sans qu'il leur soit besoin eux faire adhériter autrement d'iceux héritages donnés ».

L'art. 49 de la coutume de Namur décide pareillement que « convenances de mariage dûment approuvées et vérifiées, porteront avesture, ores qu'il n'y eût relief, *pourvu que les biens ne soient féodaux* ».

On trouve la même disposition dans la coutume de Bergues-Saint-Winock, rubr. 16, art. 3 : « La donation de mariage ensaisine *ipso facto*, sans devoir pour cela observer aucune formalité de justice, en quelque manière qu'elle soit faite, *excepté des fiefs* ».

Celle de Bailleul, rubr. 5, art. 1, porte : « Tous contrats raisonnables de mariage sortiront leur effet et ensaisineront de fait, après la consommation du mariage, soit qu'ils soient passés en justice ou non; *excepté les fiefs* dont la saisine doit être faite par devant le bailli et les hommes de la cour compétente ».

Cette jurisprudence est encore adoptée par les coutumes de Gand, d'Audenaerde, de Bru-

ges, du Franc de Bruges, du pays d'Alost, de Tenremonde, d'Assenède, de Bonchante, d'Ecloo, de Furnes, de Poperingue, du pays de Waes; elle forme le droit commun de la Flandre flamande.

Les rédacteurs de la coutume de Rheims ont accordé le même privilége aux contrats de mariage; ils l'ont même porté plus loin, en ce qu'ils n'en ont pas excepté les fiefs. Voici les termes de l'art. 25 de cette loi municipale: « Pour acquérir droit de propriété ès choses » données, est requis vest et devest, ex» cepté en donation faite.... en faveur de ma» riage ».

D'un autre côté, il y a plusieurs coutumes qui ne mettent, à l'égard du Nantissement, aucune différence entre les contrats de mariage et les autres actes.

Telles sont les chartes générales du Hainaut, chap. 29, art. 23: «La devise en traité de » mariage que la fille aura ès biens meubles de » ses père et mère, égale part et portion à son » frere, sera valable et exécutoire en action » personnelle, pour avoir l'équivalent ». (*V.* l'article *Confusion*, §. 2).

L'art. 32 de la coutume de la Gorgue porte que, « avant promesse ou lien de mariage, » l'on peut faire tels traités que l'on veut; » bien entendu que, pour avoir adhéritance ou » autre droit réel, est besoin de passer iceux » traités devant *la loi*, lesquels ainsi passés, » donnent réalité en tous biens assis sous » icelle loi ».

La ville d'Ypres, quoique située dans la Flandre flamande, est régie par une coutume semblable; « Pour faire que les contrats de » mariage aient l'effet de saisine, ou pour » leur faire obtenir quelque droit réel, il est » nécessaire de les passer par-devant cinq » échevins ». Ce sont les termes de cette coutume, rubr. 7, art. 1.

Mais dans les coutumes muettes, quel parti doit-on prendre sur la question proposée?

On ne fait aucune difficulté, dans la Belgique, d'assujétir les contrats de mariage à la nécessité du Nantissement. Maillart, sur l'art. 71 de la coutume d'Artois, dit que, « par acte » de notoriété, délivré le 30 novembre 1697, » précédé et suivi de ceux de la plupart des » juridictions inférieures, le conseil d'Artois » a attesté que les donataires en avancement » d'hoirie, même par contrat de mariage, » n'acquiéraient la propriété des choses don» nées, que par le relief, la mise de fait ou la » main assise; sans quoi cette propriété res» tait toujours dans le donateur ».

On juge tout autrement dans les coutumes de Picardie. Brodeau, lettre H, §. 26, rapporte un arrêt prononcé en robes rouges, le 30 octobre 1556, par lequel il a été décidé, en confirmant une sentence du gouverneur de Péronne, Roye et Montdidier, « qu'une do» nation faite en faveur et par contrat de ma» riage, par une mère à son fils, saisissait, et » était un contrat translatif de propriété, » bien qu'il n'y eût eu aucun Nantissement ».

Cet auteur ajoute que la même question s'étant élevée dans la coutume de Boulonnais, fut appointée au conseil, le 30 décembre 1605: « Depuis (continue-t-il), il y a eu un arrêt » à informer par turbes, donné en la pre» mière chambre des enquêtes, en juin 1618, » en exécution duquel les turbes ayant été » faites, est intervenu arrêt définitif du 4 mars » 1624, donné, en la même chambre, au rap» port de M. Savare, par lequel la cour a in» firmé la sentence du sénéchal de Boulon» nais, et en émendant, déclaré que la terre » et seigneurie de Lonvilliers, ensemble les » droits d'engagement du domaine de Boulon» nais, acquis au feu sieur du Halde, dès » le jour de son contrat de mariage et insinua» tion d'icelui, sans qu'il lui ait été besoin » d'autre Nantissement: ordonné que l'arrêt » serait lu au siége de Boulonnais, l'audience » tenant ».

Il y a plus de difficulté par rapport à la coutume de Vermandois.

Quelques-uns pensent qu'elle n'exempte du Nantissement les donations en faveur de mariage, que lorsqu'elles portent expressément la clause d'avancement d'hoirie, ou qu'au moins elles sont faites à l'héritier présomptif des biens qui en sont l'objet.

C'est, en effet, ce que décidait clairement l'ancienne coutume de cette province, part. 2. art. 39: « En don de mariage n'est besoin » avoir vesture, car incontinent le mariage » consommé, les donataires sont réputés ves» tus des héritages à eux donnés, si ce n'est » que tels dons soient faits par gens étrangers, » desquels les donataires ne soient héritiers » présomptifs, auxquels dons il faut immis» sions et vestures, comme en dons entre-vifs » ou don mutuel ».

La même chose paraît résulter de l'art. 35 de la nouvelle coutume; voici comment il est conçu: « En donation faite en avancement » d'hoirie, ou en faveur de mariage, par ce» lui à qui on doit succéder, n'est requis vest » ni devest, pour en être saisi et être fait seig» neur; ainsi suffit pour en avoir possession » actuelle ou civile, par rétention d'usufruit, » précaire, constitut, ou autre clause de droit » translative de possession ».

L'art. 14 de la coutume de Ribemont, lo-

cale de celle de Vermandois, vient à l'appui de ces deux textes; les termes en sont très-précis : « Quand un fief est donné par père, mère, aïeul ou aïeule, ou autres ascendans, en » faveur de mariage ou avancement d'hoirie, » n'est dû au seigneur de fief que le droit de » chambellage..... et n'est requis en ce cas » de faire aucun vest ou devest ».

L'art. 22 de la coutume de Noyon, et l'art. 65 de celle de Châlons, limitent aussi aux donations faites par ceux à qui l'on doit succéder, la dispense d'en faire la tradition pour en saisir les donataires.

On ne soupçonnerait pas, d'après des dispositions aussi claires, que l'on pût élever le moindre doute, dans le Vermandois, sur la nécessité du Nantissement, par rapport à une donation faite en faveur de mariage, à une personne que la loi n'appelle pas directement à la succession du donateur; on oppose cependant à cette thèse des objections assez spécieuses, et toute la difficulté résulte des différentes manières de lire l'art. 172 de la coutume dont il s'agit.

Suivant l'édition imprimée par Foigny, et que Buridan a suivie dans son commentaire, l'art. 172 ne dispense de la formalité du vest et du devest, que *les fiefs donnés en faveur de mariage et avancement d'hoirie par ceux auxquels les donataires doivent succéder*. Cette leçon rend la nouvelle coutume conforme à l'ancienne; elle concilie l'art. 172, non-seulement avec l'art. 53, mais encore avec les coutumes de Noyon, de Ribemont, de Châlons; et elle s'accorde, relativement à notre objet, avec la conjecture de Lafond, qui croit que les rédacteurs ont écrit, *les fiefs donnés en mariage ou avancement d'hoirie par ceux auxquels les donataires doivent succéder*.

« Mais (discut MM. Delavigne, Duhamel, Visinier, d'Héricourt et Buyrette, dans une consultation délibérée à Paris, le 22 juillet 1728), c'est en vain qu'on aurait recours à l'édition de Foigny et à la conjecture de Lafond; la leçon qu'on doit regarder comme la seule véritable, est celle que porte l'original déposé au greffe de la cour, par les commissaires qui avaient assisté à la reformation de cette coutume : or, la leçon de cet original, auquel la plupart des éditions sont conformes, porte en termes exprès : *réservés toutefois les fiefs donnés en mariage, avancement d'hoirie*, ou *par ceux auxquels les donateurs doivent succéder*. Cette leçon, qui est la seule véritable, suppose nécessairement que les rédacteurs de la coutume de Vermandois ont dérogé par cette disposition à l'ancienne coutume, qui exigeait la formalité de la vesture et de la devesture pour les donations des fiefs comme pour celle des rotures....

» Cette manière de lire l'art. 172, ne contient rien d'absurde; car quand la coutume dispense de la formalité du devest les donations faites *en avancement d'hoirie* ou *par ceux auxquels on doit succéder*, elle veut dire que la donation faite à celui qui doit succéder, est exempt de la formalité de la devesture et de la vesture, soit qu'il soit dit dans l'acte que la donation est faite en avancement d'hoirie, soit que cette condition ne se trouve point marquée dans la donation faite par une personne à son héritier présomptif. L'art. 14 de la coutume locale de Ribemont dit que le vest et le devest ne sont point requis quand un fief est donné par un ascendant en faveur de mariage ou en avancement d'hoirie : mais cet article ne porte point qu'il n'y a que cette espèce de donation qui soit exempte du vest et du devest; elle s'en rapporte donc là-dessus à la coutume générale pour les autres cas à l'égard desquels la vesture est ou n'est point nécessaire.

» Quant à l'art. 55, qui regarde les donations des rotures, s'il était vrai qu'on ne pût le concilier avec l'art. 172, il faudrait dire que les rédacteurs de la coutume, par une bizarrerie dont on ne pourrait rendre raison, auraient voulu assujétir à la nécessité du vest et du devest les donations de rotures faites par contrat de mariage à d'autres qu'aux héritiers du donateur : mais il y a une manière d'expliquer l'art. 55, de sorte qu'il ne contredit point l'art. 172. Cet art. 55 dit, à la vérité, que les donations en faveur de mariage, faites à celui qui doit succéder, sont exemptes du vest et du devest; mais l'article ne porte point que les autres donations faites en faveur de mariage, seront sujettes à la formalité du vest et du devest; l'article n'est pas non plus conçu par forme de négation; ainsi, la coutume n'assujétissant point, par une disposition expresse, à la formalité du vest ou du devest, les donations faites par contrat de mariage à d'autres personnes qu'aux héritiers présomptifs, on peut y appliquer le principe du droit commun, qui a lieu dans toutes les coutumes qui ne portent point expressément que la tradition de droit, et par conséquent le vest et le devest, qui n'est qu'une tradition fictive, n'est point nécessaire dans les donations faites par contrat de mariage.

» Il est vrai que, si les lois étaient rédigées avec exactitude, l'exception à la règle générale ne devrait pas s'étendre au-delà du cas qui est expressément marqué dans l'exception;

mais nos coutumes n'ont point été rédigées avec assez de soin et d'attention, pour qu'on puisse toujours y appliquer ces règles d'une logique exacte. Il paraît qu'il y a eu, dans celle de Vermandois en particulier, beaucoup de négligence de la part des rédacteurs; ce qui fait qu'en l'interprétant, on est quelquefois obligé de s'écarter de ces règles rigoureuses du raisonnement; et il doit être permis de s'en écarter, quand il y a des raisons très fortes de prendre ce parti, comme il y en a effectivement par rapport à la qnestion présente.

» Premièrement, c'est un principe constant dans le Vermandois, que les contrats de mariage n'y sont pas moins favorables que dans les autres coutumes, tant pour les rotures que pour les fiefs; que les donations faites par contrat de mariage à un étranger, comme à l'héritier présomptif, sont exemptes de la tradition de droit, qui est plus essentielle à la donation que la tradition fictive par le vest et par le devest, et qu'on y peut faire à toute personne, par contrat de mariage, une donation des biens présens et à venir; ce qui suppose que cette formalité de la dévesture et de la vesture, n'est point nécessaire pour les donations des rotures faites par contrat de mariage, puisqu'il n'est pas possible d'observer cette formalité dans ces espèces de donations.

» En second lieu, cette coutome exempte de cette formalité les donations de fiefs faites par contrat de mariage, par quelque personne que ce soit: par quelle bizarrerie y assujétirait-elle les donations de rotures faites par contrat de mariage à des étrangers? Pourquoi la nouvelle coutume aurait-elle dérogé à l'ancienne sur ce point, pour les fiefs, sans y déroger pour les rotures?

» Troisièmement, la coutume de Rheims, qui est une des coutumes locales du Vermandois, porte en général à l'art. 132: *Pour acquérir droit de propriété ès choses données, est requis vest et devest, excepté en donation faite en avancement* d'hoirie, OU EN FAVEUR DE MARIAGE ».

Quelque séduisantes que soient ces raisons, il serait difficile de les adopter par rapport aux rotures, si l'art. 55 de la coutume de Vermandois ne parlait que de cette espèce de biens; mais, et c'est ce qui a échappé aux jurisconsultes que nous venons de citer, la disposition de cet article n'est pas restreinte aux rotures, elle embrasse même les fiefs; en effet, il est placé sous le titre *des donations entre-vifs*, et il n'est que le développement de l'art. 51, qui est le premier de ce titre; or, voici ce que porte l'art. 51: « Toute personne usant » de ses droits, peut vendre, donner, et autrement aliéner, par disposition entre-vifs, » tous ses biens meubles, acquêts et conquêts » immeubles, et tous ses héritages procédans » de son naissant *roturier* ou *féodal*, pourvu » qu'il n'ait enfans..... ». C'est à ce texte que se réfère l'art. 55, et, par une conséquence nécessaire, il doit être entendu des fiefs comme des rotures; avec d'autant plus de raison, qu'il ne contient pas nn mot dont on puisse induire une restriction à l'une de ces deux espèces de biens. D'après cela, rien de plus aisé que de le concilier avec l'art. 172. Ce sont deux textes d'un même corps de lois, ils sont occupés des mêmes objets, ils en donnent une décision uniforme; mais l'un étend ses vues à un cas que l'autre paraît avoir omis.

Dira-t-on que le silence de celui-ci doit faire regarder comme non écrite la disposition de celui-là? On sent combien une pareille prétention serait absurde; il faut donc suppléer à l'omission de l'art. 55, par la prévoyance de l'art. 172, et par conséquent étendre à toutes les donations en faveur de mariage, la dispense des formalités du Nantissement, établie par ces deux textes, relativement aux biens soumis à la coutume de Vermandois.

5°. On vient de voir que les donations en avancement d'hoirie n'ont pas plus besoin du Nantissement dans cette coutume, que celles qui sont faites en faveur de mariage, et l'on se rappelle qu'il en est de même dans la coutume de Rheims. Cette jurisprudence est particulière au Vermandois.

6°. Il ne faut pas de Nantissement pour transférer les biens d'un défunt à son héritier légitime, parceque la loi l'en saisit de plein droit. Les coutumes de Valenciennes et de Mons sont peut être les seules qui en disposent autrement à l'égard des successions collatérales.

Voici ce que porte la première, art. 147: « Pour faire appréhension des héritages et » rentes succédés en ligne collatérale, il convient en faire appréhension par clain en dedans l'an ensuivant le trépas du propriétaire decédé ».

L'art. 151 ajoute: « Quiconque appréhendera, de son autorité, les biens d'un trépassé, sans voie de justice, il échet en l'amende de trente-trois livres blancs, les » deux parts au profit du roi, et la troisième » au profit de la ville, et envers le mayeur en » neuf livres tournois. Mais en ligne directe, » on les peut appréhender sans voie de justice ».

Les termes de la seconde sont rapportés au mot *Fruits*, n°. 3.

Au surplus, *V.* les articles *Hérédité* et *Mayeur.*

7°. Le Nantissement est inutile pour les partages entre co-héritiers. C'est ce que decide la coutume de Cambrésis, tit. 14, art. 1 : « Partage et division se peut faire entre co-hé» ritiers des héritages, terres et rentes à eux » échus par succession, soit par-devant no» taires et témoins, ou autrement dûment, » sans qu'il soit requis le réaliser par œuvres » de loi par-devant les justices des lieux où » lesdits héritages, terres et rentes, sont si» tués; et est par tel partage chacun saisi » des biens et héritages à lui pour sa part as» signés ».

Cette disposition se retrouve encore dans la coutume de la châtellenie de Lille, tit. 2, art. 59; et elle est fondée sur une raison qui doit la faire admettre partout. Le partage n'est pas attributif, mais seulement déclaratif des droits de chacun des co-partageans; il ne leur donne rien de nouveau, il ne fait que déclarer les portions dont ils sont respectivement saisis par la loi; en sorte que chaque héritier est réputé avoir eu, dès le moment du décès, ce qui est tombé dans son lot, et n'avoir jamais été saisi de ce qui ne lui a pas été assigné.

La coutume du chef-lien de Valenciennes déroge encore, sur ce point, au droit commun : « Les partages et divisions de biens et » rentes immeublières, fait entre co-héri» tiers, pour engendrer réalité, devront être » reconnus par-devant deux gens de loi, dont » lesdits biens sont mouvans ». Ce sont les termes de l'art. 150.

Mais cette disposition ne s'étend pas aux autres parties du Hainaut : nous avons sous les yeux deux arrêts du conseil souverain de Mons, des 13 juillet 1679 et 26 février 1711, par lesquels il a été juge qu'une rente constituée par un co-partageant pour la moins value de la part de l'autre, était immobilière, quoiqu'elle n'eût point été nantie, et que le Nantissement soit en Hainaut le seul moyen régulier d'immobiliser une rente.

8°. On a vu, à l'article *Légataire*, §. 5, que, suivant les lois romaines et notre droit commun, tout légataire, quoique tenu de demander la delivrance de son legs, quant à la *possession*, ne laisse pas d'être saisi, au moment de la mort du défunt, de la *propriété* de ce qui lui a été légué. Cette saisine a-t-elle lieu de plein droit dans les pays de Nantissement?

L'affirmative ne me paraît pas susceptible de la moindre difficulté. Qu'ont fait les coutumes en introduisant les formalités du vest et du devest? Elles ont substitué une tradition symbolique à la tradition réelle et de fait, qui était en usage dans le droit romain : or, dans le droit romain, la propriété des choses léguées passait directement de la tête du défunt sur celle du légataire, sans le secours de la tradition réelle et de fait; donc, dans les pays de Nantissement, elle doit pareillement se transférer sans le secours de la tradition symbolique : nous avons dit à l'article cité, que le conseil d'Artois l'a ainsi jugé par deux sentences qui ont été confirmees au parlement de Paris, le 12 decembre 1701; et telle est la disposition de la coutume de Rheims, art. 171.

Il y a cependant quelques coutumes qui ont adopté une jurisprudence toute differente; celle de Gand, rubr. 28, art. 4, est de ce nombre : « Les legataires.... doivent obtenir » leurs dons par action personnelle, sans qu'il » appartienne aucune action réelle ». On sait que la propriete et l'action réelle sont deux correlatifs.

La coutume de Douai, chap. 2, art. 3, porte : « Auparavant qu'un testament puisse » sortir effet, et qu'autrui en puisse profiter, » ou en vertu d'icelui acquérir aucun droit ès » biens et héritages du testateur, situés en » ladite ville, et échevinage de Douai, il » convient et est nécessairement requis, que » par-devant echevins tel testament soit juré, » empris et promis entretenir par les execu» teurs, veuves, héritiers ou légataires uni» versels du testateur ». Il est évident, d'après cette disposition, qu'un légataire n'a, dans cette coutume, la propriete de la chose léguée, qu'après la realisation du testament; car le Nantissement s'opère à Douai par la seule reconnaissance judiciaire de l'acte que l'on veut réaliser. (*V.* les articles *Devoirs de lois et Emprise*).

Ainsi, dans ces deux coutumes, le légataire, avant sa mise en possession, est au niveau de l'acheteur qui n'a pas encore fait nantir son contrat; il n'a, comme lui, que des droits personnels; et si l'héritier aliène la chose léguée avant sa delivrance ou l'acte qui en tient lieu, l'acquéreur n'a point d'éviction à craindre de la part du légataire.

Il en doit être de même dans la coutume d'Artois; car elle déclare, art. 74, « que les » testamens n'engendrent saisine ou réalisa» tion sur les heritages du testateur ». Il est vrai que l'arrêt du 12 decembre 1701, en a jugé autrement; mais il est probable que les biens sur lesquels il a prononcé, n'étaient pas

situés en Artois : en tout cas, *non exemplis, sed legibus judicandum.*

La coutume de Cambrésis va plus loin : non seulement elle n'accorde point de propriété au légataire avant qu'il ait pris adhéritance, mais elle ne permet au testateur de disposer de ses immeubles, qu'après s'en être déshérité judiciairement. *V.* l'article *Rapport à la loi.*

VII. Jusqu'à présent nous n'avons considéré le Nantissement que comme un moyen de réaliser différens actes de la société civile : il nous reste à examiner s'il n'est pas quelquefois nécessaire pour leur validité intrinsèque.

Quelques coutumes semblent porter la nécessité du Nantissement jusqu'à annuler tous les actes qui n'en reçoivent pas le sceau.

Qu'y a-t-il, par exemple, de plus positif en apparence que l'art. 1 du chap. 94 des chartes générales de Hainaut : « Personne ne pourra » vendre, charger, donner, changer, bailler » à rente, ni en autre manière aliéner ses fiefs, » que par déshéritance..... ».

L'art. 1 du tit. 5 de la coutume de Cambrésis ne paraît pas moins formel : « Héritages, » tant fiefs que mainfermes, ne se peuvent vaillamment vendre, changer, donner, arrenter, charger..., sinon par en faire et passer » devoirs de la loi de déshéritance et dessaisine » ou rapport solemnel par-devant les gens de » la loi des lieux et seigneuries dont ils sont » tenus immédiatement..... ».

Et remarquez que ces termes ne sont qu'une répétition assez faible d'une charte du mois de juin de 1284, par laquelle l'empereur Rodolphe condamne l'usage qui s'était introduit à Cambrai, d'aliéner les immeubles sans le concours des échevins. *Nos volentes malitiis talium obviare et jus suum cuique salvum fore, declaramus, statuimus et ordinamus ut venditiones, alienationes, ingressus et exitus domorum et hereditatum prædictarum per dictos scabinos nostros et non alio modo fiant, et quòd secùs hactenùs factæ, vel in posterum faciendæ non valeat, nec alieni per tales venditiones, alienationes, ingressus et exitus, causa sive jus præscriptionis aut aliquod commodum acquiratur :* SED PRO INFECTIS PENITUS HABEANTUR.

Ce serait cependant une erreur de prendre ces dispositions à la lettre. Le Nantissement n'est que l'image et le symbole de la tradition réelle et de fait ; il ne peut donc être nécessaire à la validité des actes, qu'autant que, par le droit commun, la tradition réelle et de fait y est essentiellement requise. Or, suivant les lois romaines, cette tradition n'est requise dans aucun acte, pas même dans les donations : elle en forme, à la vérité, l'accomplissement et l'exécution ; mais son défaut n'est jamais une nullité, et n'empêche pas que l'acte ne produise une action personnelle contre celui qui l'a signé et ses héritiers. Il en doit donc être de même du Nantissement (1).

Aussi a-t-il été jugé, par un arrêt du parlement de Paris, du 13 août 1763, rapporté dans la *Jurisprudence civile* de Rousseaud de Lacombe, que « le défaut de vesture, en » Vermandois et autres coutumes qui exigent » le vest et devest, ne rend pas nulle et sans » effet une vente sous signature privée ».

VIII. Il y a cependant plusieurs coutumes, qui, adoptant la doctrine de nos anciens praticiens sur la nécessité de la tradition dans les donations entre-vifs, exceptent ces actes de la règle que nous venons d'établir.

Rousseaud de Lacombe rapporte un arrêt du 22 juillet 1743, qui a confirmé, sur les conclusions de M. Joly de Fleury, une sentence par laquelle le châtelet « avait déclaré nulle » une donation de biens situés dans les coutumes de Senlis et Clermont, faute par le » donataire d'avoir pris Nantissement, et (2) » fait appréhension de fait du vivant du donateur, suivant qu'il est requis par lesdites » coutumes. Ainsi (conclud l'auteur cité), » l'insinuation ne dispense point du Nantissement dans les coutumes qui le requièrent ».

Est-il vrai, comme je l'ai supposé dans la première édition de l'article *Donation*, sect. 5, §. 1, art. 2, que l'esprit général des coutumes de la Flandre flamande soit, à cet égard, conforme aux dispositions des coutumes de Senlis et de Clermont ?

Ces coutumes se divisent en trois classes.

Dans la première, sont celles de Renaix, de Ninove, d'Ostende, de Desseldonck, de Lovendeghan, de Sleydinghes, de Waersebwot, de Doozzelle, de Hyste, de la châtellenie d'Ypres, de Poperingue et de Bourbourg, qui ne prescrivent aucune forme pour la validité des donations, et renvoient au droit écrit toutes les matières et tous les cas sur lesquels elles ne s'expliquent point.

Dans la seconde, sont 1°. la coutume du Franc de Bruges, dont l'art. 87 reconnaît la validité des donations d'immeubles sous seing-privé et devant notaires, sans tradition ; 2°. la

(1) *V.* l'article *Donation*, sect. 5, §. 1.

(2) Au lieu de *et*, l'auteur aurait dû dire *ou*. Car, dans ces coutumes, l'*appréhension de fait* équipolle, pour la validité de la donation, à la formalité du Nantissement. *V.* les art. 111 et 112 de la première, et les art. 127 et 128 de la seconde.

coutume de Nieuport, qui dispose de même, rubr. 11, art. 3, pour les *donations verbales*, et rubr. 18, art. 2, pour les donations *devant notaires*; 3°. la coutume de la ville d'Ypres, qui n'exige, rubr. 8, pour la validité de la donation, que la *reconnaissance devant le juge*; 4°. les coutumes de Tensemvade, rubr. 9, art. 2, et d'Ecloo, rubr. 12, art. 2, qui se contentent d'une *tradition* quelconque.

Dans la troisième classe sont les coutumes qui, pour que la *donation de biens immeubles, sortisse son effet*, exigent que le *donateur s'en démette par dessaisine et tradition convenable devant la loi*; et ces coutumes sont, entre autres, Gand, rubr. 13, art. 1; Alost, rubr. 11, art. 1, 2 et 3; ville de Bruges, rubr. 15, art. 1, etc.

Mais celle-ci déclare expressément, rubr. 21, art. 2, qu'elle ne requiert cette formalité que dans l'intérêt des tiers à qui le donateur pourrait, après la donation non suivie de dessaisine, vendre, donner ou hypothéquer l'immeuble qui en aurait été l'objet.

Et la question est de savoir si cette explication ne doit pas être sous-entendue dans les autres coutumes qui renferment la même disposition.

La négative nous est présentée comme très-constante par Laurent Vandenhane, dans ses notes sur la coutume de Gand: *Sed insuper*, dit-il, rubr. 12, art. 1, *totius clausulæ tenor evidenter demonstrat nunquàm Gandavi usu fuisse receptum Romanorum jus novum, quod donatio inter vivos perficitur nudo pacto seu solo consensu: sed Gandavi semper viguisse jus romanum antiquum, quod donatio ad sui perfectionem et essentiam requirit traditionem.* (1). Il ajoute même que telle est l'opinion régnante au barreau: et qu'on le juge ainsi constamment: *Ita passim respondetur et judicatur.*

Mais un savant contemporain de cet auteur, Cnobbaert, *ad jus civile Gandensium*, s'élève avec la plus grande force contre sa doctrine. Il rapporte, pages 632 à 635, trois consultations des 23 août 1651, 28 août 1663 et 27 février 1674, dans lesquelles figurent les noms des avocats les plus distingués, et qui toutes établissent, comme une vérité qui n'a jamais été contredite, que les formalités du Nantissement ne sont requises par la coutume de Gand, dans les donations entre vifs, que pour l'intérêt des tiers. Il fait même remarquer que l'une de ces consultations, celle du 28 août 1663, est signée de Laurent Vandenhane. Il traite hautement ce jurisconsulte de *novateur*; et, après avoir retracé, page 412, un jugement du conseil provincial de Flandre, du 1er. mars 1675, qui avait proscrit, à l'unanimité et chambres assemblées, l'opinion de Vandenhane, il ajoute: « Puisque, dans » vos notes, vous passez ce jugement sous silence; puisque vous osez, en dépit de tout le » barreau, écrire qu'on ne répond et ne juge » que conformément à votre avis, j'ai voulu » consigner dans mon ouvrage ce jugement » et ces consultations, *quoniam si tacuissem, poterat apud nepotes et posteros pati veritas* ».

Pour se convaincre, en effet, que la coutume de Gand doit être interprétée dans le sens de Cnobbaert, il suffit de comparer son texte avec celui du placard du 6 décembre 1586. Comme l'art. 1 de la rubr. 12 de cette coutume, le placard du 6 décembre 1586 déclare « qu'aucunes aliénations, ventes, transports » ou affectations d'immeubles *ne sortiront* » *effets*, si elles ne sont passées par déshéri» tance et adhéritance devant les juges du lieu » de leur situation ». Or, par les mots *ne sortiront effets*, ce placard entend-il que les aliénations d'immeubles seront nulles, faute de déshéritance et d'adhéritance? Non, il entend seulement qu'à défaut de ces formalités, elles ne pourront pas être opposées à des tiers, et c'est ce qu'explique parfaitement le placard du 16 septembre 1673: « Comme il serait » venu (y est-il dit) à notre connaissance que, » par la non observance du contenu du pla» card de l'an 1586, et du 15e. article de l'édit » perpétuel du 12 juillet 1611, se seraient » glissés plusieurs abus......, nous avons, en » rafraîchissant et ampliant lesdits placards, » déclaré et ordonné, déclarons et ordon» nons...... qu'aucunes clauses et conditions » de fidéicommis, substitutions, prohibitions » d'aliéner, et semblables charges prescrites, » et ordonnées par testament, *donations* et » contrats, comme aussi la vente des biens, » constitutions de rente et *toutes aliénations* » *de biens immeubles n'auront effets de réa*» *lisation au préjudice des personnes tier*» *ces*...., si lesdites ventes *et toutes autres* » *aliénations* de biens-immeubles ne soient » notifiées et enregistrées au premier livre et » registre des juges où tels biens.... sont situés » et ressortissans ».

IX. On a dit à l'article *Donation*, sect. 5, §. 2, n°. 7, que le défaut de Nantissement ne

(1) On voit que Vandenhane suit ici l'opinion très-commune, mais souverainement fausse, que l'ancien droit romain faisait de la tradition une condition substantielle de la donation entre-vifs. *V.* l'article *Donation*, sect. 5, §. 1, art. 1.

peut être couvert, dans un acte de libéralité, par une clause de rétention d'usufruit, de précaire ou de constitut; et que cela a été ainsi jugé par deux arrêts, l'un du parlement de Douai, du 28 novembre 1776, rendu dans la coutume de Cambrésis; l'autre du parlement de Paris, du 12 août 1686, intervenu dans celle de Vermandois.

Cette décision est incontestable, dès que l'on suppose l'expropriation du donateur essentielle à la validité d'une donation; car si l'on ne peut pas s'exproprier dans les pays de Nantissement par une tradition réelle et de fait, à plus forte raison ne le peut-on pas par des clauses de précaire, de constitut, de rétention d'usufruit, qui, n'étant que des traditions feintes, ne peuvent pas avoir plus d'effet que la chose dont elles sont l'image: *ne imagine veritas adumbretur*, dit Papinien dans la loi 23, D. *de liberis et posthumis*.

L'arrêt du 28 novembre 1776 a donc très-bien jugé, puisque la coutume de Cambrésis déclare nulle toute donation qui n'a pas été suivie, pendant la vie du donataire, d'un dessaisissement translatif de la propriété; mais celui du 15 août 1686 ne paraît pas aussi exact.

A la vérité, la coutume de Vermandois n'accorde qu'aux formalités du Nantissement la vertu d'exproprier le donateur, et de rendre le donataire *seigneur et maître* de la chose donnée; mais ne semble-t-il pas qu'elle ne regarde, ni l'expropriation de l'un ni l'ensaisinement de l'autre, comme essentiels à la validité intrinsèque de l'acte? Voici, en effet, ce qu'elle porte:

« Art. 53. Don simple ne saisit point sans tradition réelle et actuelle, ou clause translative de possession comme constitut, rétention d'usufruit, précaire ou autre; et encore, avant que le donataire se puisse dire seigneur de la chose à lui donnée, est requis que le donataire s'en soit devestu à son profit, et qu'icelui donataire en soit vestu et saisi, ou qu'il en ait joui par dix ans entiers; laquelle jouissance de dix ans équipolle à vesture.

» Art. 54. Donner et retenir ne vaut, et est requis, à ce que la donation soit valable, que le donataire se dessaisisse de la chose donnée par tradition actuelle, ou acte équipollent à icelle; sans laquelle ne suffirait le devest qu'il en aurait fait au profit du donateur, et le vest pris par ledit donateur ».

Ce dernier article est on ne saurait plus précis. D'abord il n'exige qu'une chose *à ce que la donation soit valable*: c'est *que le donateur se dessaisisse par tradition actuelle ou acte équipollent à icelle*. En second lieu il établit très-clairement que le vest et le devest ne peuvent pas faire valider une donation qui n'a été, ni suivie d'une tradition de fait, ni accompagnée d'une clause qui en tienne lieu. De là, ce semble, on peut conclure avec certitude que les formalités du Nantissement sont indifférentes en cette matière.

Les art. 129 et 151 de la coutume de Rheims fortifient cette conséquence; « Donner et retenir (porte le premier) ne vaut, qui s'entend quand le donateur ne se dessaisit naturellement, ou civilement par clause translative de possession, comme rétention d'usufruit, constitut, précaire ou autre. Le second article ajoute: pour acquérir droit de propriété ès choses données est requis vest et devest ».

Voilà une distinction bien claire entre les formalités requises pour la validité intrinsèque de la donation, et celles qui peuvent seules procurer au donataire une vraie propriété.

La coutume de Châlons, qui est pareillement locale du Vermandois, en dispose de même, art. 64: « Donner et retenir ne vaut, si le donateur décède possesseur des choses données, sans en avoir fait délivrance ou acte équipollent à icelle, comme par rétention d'usufruit, précaire ou autrement ».

Enfin, l'ancienne coutume de Vermandois, part. 2, art. 40, n'exigeait, pour la validité d'une donation, qu'un dessaisissement actuel et de fait; les termes en sont remarquables: « Donner et retenir n'a lieu en ladite prévoté, en telle maniere que, si aucun donne, par don entre-vifs, quelque héritage, usufruit ou meuble à autrui, et néanmoins il ne s'en dessaisit et n'en fait aucune tradition actuelle au donataire, et en jouit comme au paravant, sans être inquiété, telle donation est réputée fictive et de nulle valeur ».

Si l'on avait bien pesé tous ces textes lors de l'arrêt du 13 août 1686, et si les défenseurs du donataire en avaient tiré tout le parti qu'ils pouvaient, il n'est point douteux que la donation n'eût été confirmée.

Ce n'est cependant pas le seul arrêt qui ait annulé de pareils actes dans la coutume de Vermandois, sur le seul défaut de vest et de devest. L'Epine de Grainville nous en a conservé un semblable, du 30 août 1726; mais, à en juger par le compte qu'en rend ce magistrat, il paraît qu'on a supposé le Nantissement nécessaire à la validité de la donation dont il s'agissait, et qu'on a fait consister tout le procès à savoir si le vest et le devest avaient été faits en bonne forme; question sur laquelle on s'est déterminé pour la négative.

Depuis, le texte de la coutume a été mieux étudié; et deux arrêts ont jugé qu'une donation

de biens soumis à son empire. ou si l'on veut, a celui de la coutume de Noyon qui en est locale, et qui n'a aucune disposition sur cette matiere, n'est pas annulée par le défaut de saisine.

Le premier de ces arrêts est du 23 mai 1767.

Le 27 janvier 1763, le sieur Maloizel, gentilhomme de Picardie, fit donation entre-vifs de la terre de Génevry à la demoiselle Destourmel, dame de Flary. L'acte portait : « Lui » donne, ce acceptant, pour la bonne amitié » qu'il lui porte, et par contrat entre-vifs, la » terre et seigneurie de Génevry, sans en rien » retenir ni réserver, si ce n'est l'usufruit » pendant sa vie, pour en jouir par lui, à titre » de constitut et précaire ; et en outre moyen» nant la somme de 40.000 livres que la de» moiselle donataire s'oblige de payer au jour » de son décès, et sans intérêts jusqu'alors, à » ceux qui se trouveront être les héritiers du » donataire, ou à leurs représentans par or» dre de succession, au jour dudit décès ».

Il était ensuite ajouté que « pour l'exécution » pleine et entière de ladite donation, le sieur » donataire s'est dévêtu et dessaisi (par l'acte » même) de tous les biens compris en icelle, » au profit de ladite demoiselle donataire.....; » veut qu'elle en soit saisie, et vêtue par tous » les seigneurs et juges qu'il appartiendra, » donnant pour cela tout pouvoir au por» teur ».

Le sieur Maloizel étant décédé trois semaines après, ses héritiers maternels attaquèrent cette donation : leurs moyens principaux étaient qu'elle était le fruit de l'empire que la donataire avait sur l'esprit du donateur ; qu'il n'y avait point eu de saisine de la part de celui-ci, dans un pays qui, suivant eux, la requérait expressément ; qu'enfin il n'y avait eu aucune espèce de tradition.

La donataire répondait qu'elle avait eu une dévêture suffisante ; elle prétendait la trouver dans le contrat même de donation, *il s'est dévêtu et dessaisi à son profit ;* que, quand il aurait manqué quelque chose au parfait accomplissement de cette formalité, elle n'était point de rigueur ni en usage ; et enfin que, si elle était de rigueur et en usage, les seuls seigneurs pourraient en opposer les défauts, et non les héritiers qui, tenus des faits et promesses du donateur, seraient toujours obligés d'exécuter la donation. Quant à l'empire que les héritiers disaient que la donataire avait eu sur l'esprit du donateur, on répondait que a donation était l'ouvrage d'une volonté libre, d'un homme qui jouissait de tout son bon sens, et non interdit.

Par sentence du bailliage de Noyon, du 17 mars 1765, la donation fut déclarée nulle, sur le fondement que le donateur ne s'était point dévêtu, et que la coutume requérait expressément cette formalité.

Mais sur l'appel, l'arrêt cité infirma la sentence, et ordonna l'exécution de la donation.

Le second arrêt a été rendu le 28 août 1779, au rapport de M. Bourgevin de Saint-Morys.

Le sieur Prévôt et sa femme firent, en 1774, une donation entre-vifs au sieur Boistel, leur gendre, et à son épouse, leur fille, d'une maison située à Noyon.

Les donataires obtinrent des lettres de ratification peu de temps après la donation. Les sieurs Langlois, auxquels il était dû par les donateurs une rente constituée de 200 livres, furent instruits, par l'affiche publique, de la donation des sieur et dame Prévot ; mais ils négligerent de former opposition au sceau des lettres de ratification. Cependant, comme le sceau ne purge pas les vices des actes, ils prirent, pour couvrir leur défaut d'opposition au sceau, le parti d'attaquer la donation même. Ils prétendirent donc que cette donation était nulle, 1° parcequ'elle était frauduleuse ; 2° parcequ'elle n'avait pas été suivie de vest et devest.

Ces moyens ont été accueillis par les premiers juges qui, par sentence du 28 juillet 1775, ont déclaré « la donation faite par le » sieur Prévot et sa femme, au profit des sieur » et dame Boistel, ensemble tout ce qui s'est » ensuivi sur icelle, collusoire, nul et de nul » effet », et ont dit « qu'en conséquence, le » contrat du sieur Langlois demeurerait hypo» théqué sur la maison portée en la donation ».

Les sieur et dame Boistel ont interjeté appel de cette sentence. Ils ont divisé leur défense en trois propositions : la première, que, la donation n'était infectée d'aucune collusion, ni fraude ; la seconde, que, soit dans la coutume locale de Noyon, soit dans la coutume générale du Vermandois, la donation des immeubles n'a jamais été assujétie à la formalité du vest ou devest ; la troisième, que la donation étant bonne et valable, les lettres de ratification devaient produire leur effet, et qu'en conséquence les hypothèques des sieurs Langlois devaient être regardées comme purgées.

Par l'arrêt cité, le parlement de Paris a infirmé la sentence du bailliage de Noyon, et a débouté les sieurs Langlois.

§. II. *Effets du Nantissement pour les actes qui ne font que diminuer ou charger la propriété.*

On diminue la propriété par une inféoda-

tion, par un acensement, par un bail emphytéotique; on la charge par une servitude, ou par une hypotheque.

Voyons quels sont, par rapport à ces differens actes, les effets du Nantissement.

Art. I. *Inféodation et Acensement.*

Détacher du gros d'un fief quelque fonds ou droit réel, et le concéder à titre d'inféodation ou d'acensement, ce n'est point, à la vérité, s'en dépouiller totalement, mais c'est au moins en abandonner le domaine utile, et se priver des plus précieux avantages de la propriété.

D'après cela, il est clair que, si l'on s'attachait rigoureusement aux principes du Nantissement, il faudrait, pour donner à une opération de cette espece un effet assuré contre des tiers, en passer les devoirs de loi devant les officiers du seigneur dominant. On sent, en effet, qu'il en doit être de la partie comme du tout, et que, si l'on ne peut pas aliéner le gros d'un fief sans dessaisine et saisine, on doit être obligé aux mêmes formalités, lorsque l'on veut en aliéner quelques portions.

Il y a cependant des coutumes qui en disposent autrement.

Les chartes générales de Hainaut, chap. 4, art. 5, distinguent clairement l'aliénation d'une seigneurie, d'avec la concession en fief d'une partie des biens qui la composent : elles soumettent l'une à la nécessité du Nantissement, et en dispensent l'autre; voici les termes de ces lois: « Lesdits seigneurs pairs ne » pourront aliéner, charger, ni engager les» dites terres et seigneuries en pairies, par » déshéritance, sans y avoir deux pairs pré» sens, faisant les jugemens des solennités » requises et en tel cas pertinentes; sauf que » sur leur scel et seing manuel ou attestation de » deux hommes de fief de notredite conr (1), » ils pourront créer hommes de fief pour te» nir cour et siége de plaids ».

Les coutumes de Vermandois et de Rheims ont adopté la même jurisprudence; on en rapportera les termes dans l'article suivant.

Celle d'Artois exige, à la vérité, que le Nantissement intervienne dans les inféodations et acensemens; mais elle laisse le choix de le prendre du seigneur dominant, ou de celui qui inféode et acense. C'est ce que porte l'art. 43 de cette coutume : « Tous arrentemens, » baillés par aucuns seigneurs, de partie de » leurs fiefs, ne sont tenus ni réputes ni réa» lisés pour contraindre les acheteurs d'icelles » seigneuries à les entretenir, s'ils ne sont » amenés à connaissance et réalisés par-de» vant les hommes desdits seigneurs, ou par» devant leur souverain, iceux seigneurs ap» pelés ».

Maillard fait, sur ce texte, plusieurs observations importantes.

« Qui dit *tout* (ce sont ses termes) n'excepte rien; les inféodations, les baux à cens, à rente seigneuriale, ou à simple rente non-rachetables, sont compris dans cet article, et il en résulte que les parties démembrees par arrentement, du domaine d'un fief, ne sont censées en être éclipsées, même à l'égard de l'acheteur de ce fief, que les droits reels n'en aient été donnés au preneur par les officiers et les hommes du vassal bailleur qui a démembré, ou de la cour qui y est supérieure, parceque, jusqu'à ce temps, le droit du preneur est resté en pure personnalité. Or, les droits personnels suivent la personne, non pas le fonds.

» Cette résolution n'a cependant lieu qu'au cas que ces acheteurs aient acquis le droit reel sur le fief acheté; car s'ils ne l'avaient pas acquis, soit par le rapport d'héritage, soit par la mise de fait, la propriété de ce fief vendu resterait dans le vendeur : ainsi, l'acheteur ne pourrait pas évincer le preneur à rente.

» L'on croit la même chose à l'égard des échangistes ou des cessionnaires, puisque ce sont des especes d'acheteurs.

» Les donataires, en Artois, sont sujets aux dettes mêmes personnelles, contractées avant leur donation : ainsi, ils sont obligés d'entretenir le bail à fief ou à rente non réalisé, sauf leur recours contre le donateur, s'il y échet ».

Art. II. *Bail emphytéotique.*

C'est, en quelque sorte, aliéner un fonds, que de le bailler en emphytéose : la loi 7, C. *de rebus alienis non alienandis*, le decide expressément ainsi : et de là il resulte que le preneur ne peut s'assurer la jouissance incommutable de son bail, qu'en le faisant nantir. Tant que cette formalité n'est pas remplie, il n'a que des droits personnels contre le bailleur et ses héritiers : tout successeur à titre singulier peut l'évincer et l'exclure du fonds. C'est ce qu'insinuent les coutumes de Cambresis, tit. 16, art. 6, et de Valenciennes, art. 28, en déclarant immeubles les emphytéoses réalisées par devoirs de loi, et meubles, celles que l'on n'a pas revêtues de cette forme.

Les coutumes de Vermandois, art. 132, et

(1) *V.* l'article *Homme de fief*.

de Rheims, art. 172, en disposent tout autrement : elles attribuent à la seule délivrance du titre constitutif de l'emphytéose, l'effet de realiser le preneur. Voici les termes de la première : « Vest ou devest n'est nécessaire » en prise d'héritage, à quelque titre que ce » soit...., ainsi par la seule tradition des lettres » de bail d'héritage....., est acquis le droit de » propriété ».

Au reste, dans toutes les coutumes, « le » bien arrenté à temps repasse tellement aux » proprietaires, apres l'arrentement fini, qu'il » ne faut aucun devoir ni œuvre de loi, suivant » une sentence rendue au bailliage de Tournai, » entre Arnauld Boula et Nicolas Pontus, » au mois de juillet 1631 ». Ainsi s'exprime Deghewiet dans ses *Institutions au droit belgique*.

Art. III. *Constitution de servitude*.

La loi, 7, C. *de rebus alienis non alienandis*, que nous avons déjà citée, met pareillement au nombre des actes d'aliénation, ceux par lesquels on charge son bien d'un usufruit ou de toute autre servitude : il faut donc, pour donner à ces actes un effet *réel*, que le Nantissement les confirme.

C'est l'opinion de Voet sur le Digeste, liv. 8, tit. 4; et elle est, sans contredit, préférable à celle de Grotius (*responsa jurisconsultorum Hollandorum*, part. 3, vol. 2, consult. 216), qui regarde les formalités du vest et du devest comme inutiles en cette matière.

Elle est d'ailleurs justifiée par les dispositions de plusieurs coutumes.

Quoi de plus général, par exemple, que ces termes de la coutume de Cambresis, tit. 5, art. 1 : *Héritages ne se peuvent vendre, échanger, donner, arrenter*, CHARGER *ou hypothéquer*, *ni* AUCUNEMENT ALIÉNER?

Les chartes générales de Hainaut porteut, chap. 122, art. 9, qu'*il est besoin de faire déshéritance et payer droit seigneurial, pour empiéter* ou *engendrer droit de viage*. Ces lois n'exemptent pas même le douaire préfix, lorsqu'il consiste en usufruit, de la necessite du Nantissement, c'est ce qui résulte de différens articles du chap. 29.

On a traite au mot *Confusion*, §. 2, une question intéressante que cette jurisprudence a fait naître en Hainaut.

Au reste, on sent que le Nantissement se supplée, par rapport aux actes dont on vient de parler, dans les mêmes cas et de la même manière que par rapport aux actes d'expropriation totale; ainsi, il faut appliquer aux premiers toutes les exceptions qu'admet la nécessité du Nantissement à l'égard des seconds.

Art. IV. *Hypothèque dans les coutumes de Picardie et de Vermandois.*

Nous avons dit, au commencement de cet article, que Louis XV a abrogé l'usage du Nantissement en matiere d'hypothèque, et que cette abrogation a eu tout son effet dans les coutumes de Picardie et de Vermandois : mais comme elle n'a point lieu pour les actes passés avant la publication de l'edit du mois de juin 1771 (1), il importe encore de connaître quelles etaient, antérieurement à cette époque, les regles observées dans ces coutumes, par rapport à l'objet dont il s'agit.

Le principe général était que l'hypothèque conventionnelle ne pouvait s'acquérir par une autre voie que celle du Nantissement; mais que cette voie était inutile dans tous les cas où le droit commun de la France n'exige pas d'acte notarié pour produire hypothèque.

Ainsi, l'art. 35 de l'ordonnance de Moulins ayant statué que tous les jugemens emporteraient hypotheque, du jour de leur prononciation, sur les biens des condamnés, le parlement de Paris ne faisait pas difficulté d'appliquer cette disposition aux pays de Nantissement, comme aux autres provinces de son ressort.

Ricard, sur l'art. 137 de la coutume d'Amiens, en rapporte trois arrêts des 20 mai 1606, 8 janvier 1607 et 29 juillet 1623. Ce dernier a été rendu en forme de réglement, et il a ordonné « que les condamnations prononcées par sentences et jugemens, auraient » hypothèque, suivant l'ordonnance, ès senéchaussées de Ponthieu et Boulonnais et au » bailliage d'Amiens, sans qu'il fût besoin de » Nantissement, et néanmoins que les juge» mens volontaires n'auraient aucune hypo» thèque que du jour qu'ils auraient éte mis et » reçus aux greffes des lieux où ils auraient été » donnés ».

La même chose avait été jugée, pour les coutumes de Senlis et de Valois, par deux arrêts que cite Brodeau, lettre H, n°. 25, l'un sans date, l'autre du 7 septembre 1644.

Les coutumes de Vermandois et de Rheims

(1) « Voulons néanmoins que ceux dont les contrats » auront été nantis et ensaisinés avant la publication de » notre présent édit, soient conservés dans les droits de » préférence à eux acquis par ledit Nantissement ». » (Art. 30 de l'édit de 1771).

« Ordonnons qu'à compter du jour de l'enregis» trement dudit édit, et à l'avenir, l'hypothèque s'ac» quière dans lesdites coutumes, tant par acte passé » pardevant notaires que par jugement, de la même » manière, et ainsi qu'il se pratique dans les autres » coutumes et pays de notre domination ». (Déclaration du 23 juin 1772).

adoptent expressément cette jurisprudence, mais elles la modifient par rapport à la date de l'hypothèque qu'elles font résulter des jugemens; voici les termes de la première, art. 125 : « Sentences de juges emportent hypo» thèque *du jour de l'exécution d'icelles*; et » où il y aurait appel, ladite hypothèque aura » lieu du jour que celui qui aura obtenu ladite » sentence, sera mis en devoir de la faire » exécuter, si puis après ladite sentence est » confirmée ».

L'art. 180 de la coutume de Rheims porte également que « sentence du juge n'emporte » hypotheque, sinon du jour qu'elle sera nantie » ou exécutee ».

On a demandé si ces dispositions avaient été abrogées, quant à la date de l'hypothèque, par l'ordonnance de Moulins?

Lafond, l'un des commentateurs de la coutume de Vermandois, a soutenu la negative; et l'on a pretendu que son opinion avait été suivie par un arrêt du 9 juin 1627, rapporté par Brodeau à l'endroit cite; mais Brodeau ne parle de cet arrêt que d'après un simple ouïdire, et il en rapporte trois autres des 22 février 1611, 23 decembre 1623 et 7 septembre 1647, qui ont jugé le contraire : il ajoute que le sentiment de Lafond « est directement con» traire à l'ordonnance de Moulins, posté» rieure à la réformation des coutumes de » Vermandois et de Rheims, ésquelles par» tant elle doit avoir lieu et y être observée, » comme elle l'est en toutes les autres coutu» mes. Et de fait, par une sentence de regle» ment du siége présidial de Laon, du 4 juil» let 1643, il a été ordonné qu'à l'avenir les » sentences volontaires ne donneront hypo» thèque que du jour qu'elles seront homolo» guées et publiees en jugement; ce qui pré» suppose l'hypotheque pour les sentences » contradictoires ou donnés par défaut, dû» ment signifiees, sans qu'il soit besoin d'exé» cution reelle, ni d'un simple commande» ment recordé. J'en ai vu deux actes de no» toriété, l'un des officiers du bailliage de » Vermandois, à Laon, du 2 decembre 1644, » l'autre de ceux du bailliage de Soissons, du » 29 décembre 1648 ».

L'introduction de l'hypothèque judiciaire dans les coutumes dont on vient de parler, avait fait imaginer un moyen d'acquérir hypotheque en vertu des contrats notariés, sans recourir au Nantissement. On insérait dans ces actes une clause qui autorisait le créancier à se pourvoir en justice contre le debiteur, et à faire rendre une sentence qui le condamnât à exécuter, faire valoir et garantir son obligation; c'est ce qu'on appelait *prendre une sentence d'hypothèque*.

Il a été jugé par un arrêt du 12 août 1744, rapporté dans la *Collection de jurisprudence*, qu'une telle sentence prise au bailliage d'Amiens, emportait hypothèque sur les biens que le debiteur possedait dans la coutume de Ribemont.

La raison qui avait fait admettre l'hypothèque judiciaire dans les coutumes dont il s'agit, y fit aussi adopter l'hypothèque tacite ou legale.

Un arrêt du 7 septembre 1602, rapporté par Louet, juge que « la fille avait hypothe» que sur les biens de son père pour ses » conventions matrimoniales, encore qu'elle » n'eût pris Nantissement en la coutume d'A» miens ».

Brodeau ajoute que, par arrêt du 25 janvier 1610, il a eté jugé dans la coutume de Senlis, « que l'ensaisinement ou inféodation n'est » requis pour le douaire et autres conventions » matrimoniales », et qu'un arrêt en forme de réglement du 29 juillet 1632, a ordonné « que les hypotheques tacites introduites pour » les contrats de mariages et les tutelles, au» ront lieu ès sénéchaussées de Ponthieu et » Boulounais ».

Denisart dit que cette maxime a été attestée, relativement aux contrats de Mariage, » par des actes de notoriété donnés à Péronne » le 24 juillet 1740, à Roye, le 26 septembre » suivant, à Noyon, le 16 fevrier 1758, et à » Abbeville, le 7 juin 1692 ».

Le bailliage de Montdidier n'a jamais reconnu la necessité du Nantissement en matière d'hypothèque, même conventionnelle; c'est ce qu'il a déclaré par un acte de notoriété du 8 mars 1675, et c'est ce que justifie l'art. 258 de la coutume de Péronne : « En la » prévoté de Montdidier, hypothèque se cons» titue par obligation passée par-devant no» taire sous scel royal ».

Art. V. *Hypothèque dans les coutumes de la Belgique.*

I. Les coutumes de Flandre, d'Artois, de Hainaut, de Cambresis, de Liége, de Namur, du Luxembourg, du Brabant et de Hollande, s'accordent uniformement à refuser toute espèce d'hypothèque aux contrats quelconques, à moins qu'ils ne soient nantis suivant les formalités prescrites par chacune de ces lois. Mais peut-on conclure de là qu'elles rejettent également l'hypothèque judiciaire et l'hypotheque tacite ou légale? C'est ce qui nous reste à examiner.

II. Le droit romain, qui fait loi dans une

grande partie de la Belgique, au défaut des coutumes, ne donne point aux jugemens la vertu de produire hypotheque sur les biens des condamnes; et les ordonnances francaises qui la leur ont attribuee, n'ont jamais ete recues dans ces provinces: ainsi, l'on peut dire en général que l'hypotheque judiciaire y est inconnue.

La coutume d'Artois contient là-dessus une disposition expresse: « *Sentences*, promesses, testamens, et généralement toutes obligations personnelles n'engendrent saisine, hypothèque ou réalisation sur les héritages, du *condamné*, prometteur, testateur ou obligé ». Ce sont les termes de l'art. 74

On ne doit donc pas, dit Maillart, « avoir égard à un arrêt du 23 décembre 1641, rendu à l'audience de la grand'chambre (du parlement de Paris), qui a déclaré des héritages situés à Sarton en Artois, sujets à l'hypothèque d'authenticité, résultante d'un jugement rendu au bailliage d'Amiens, le 1er. décembre 1639 »

Un pareil arrêt n'a pu être que l'effet d'un défaut d'attention au texte de la coutume; aussi n'a-t-il pas fait jurisprudence. Il y en a un autre, du 19 août 1698, qui « a déclaré (c'est encore d'après Maillart que nous parlons) qu'une sentence rendue au bailliage d'Amiens, n'avait pas produit hypothèque sur des biens situés à Anxi-Château, Artois ».

C'est d'après ce principe que Louis XIV a abrogé, dans le ressort du parlement de Flandre, l'edit du mois de décembre 1684, sur la reconnaissance des billets sous seing-privé; la déclaration qu'il a donnée à ce sujet est du 14 mai 1685; en voici le préambule: « Ayant pris en considération sur les très humbles remontrances qui nous ont ete faites par nos ames et féaux gens tenant notre conseil supérieur de Tournai, sur ce qui est porté par notredit édit, et particulièrement sur l'art. 9, portant que, lorsque le demandeur aura obtenu une sentence ou ordonnance de juge, par laquelle il aura ete ordonné que les promesses ou billets dont il est question, seront tenus pour reconnus, le creancier aura hypotheque sur les biens de son debiteur du jour dudit jugement, s'il obtient condamnation à son profit du contenu dans lesdits billets ou promesses, d'autant que cette disposition se trouve, non seulement contraire aux ordonnances et usages des lieux qui composent le ressort de notredit conseil, où le créancier ne peut acquérir d'hypothèque ni aucun droit réel sur les biens de son débiteur, que par les œuvres de loi reglées par les placards ou coutumes des lieux, mais encore qu'elle prive le public d'un avantage considérable qu'il tirait de l'observation des anciennes ordonnances, suivant lesquelles les *sentences*, *jugemens et contrats* ne donnant aucune hypothèque s'ils ne sont réalises et reconnus par-devant les baillis, hommes de fief ou autres officiers des lieux où sont lesdits fiefs et héritages ainsi hypothequés, les peuples desdits pays pouvaient avec sûreté se confier, pour la validité de leurs prêts, sur les registres que lesdits officiers tiennent des rentes, charges ou dettes qui sont affectées sur les heritages situés dans leur ressort; et comme nous n'avons rien tant à cœur que ce qui peut contribuer à entretenir le commerce parmi les peuples dudit pays, etc ».

Les sentences des mayeur et échevins de Lille sont exceptées de cette régle; c'est ce qui resulte de la coutume de cette ville, tit. 8, art. 16: « Une sentence definitive ou interlocutoire erée et engendre hypothèque sur les biens du condamné, dès l'instant qu'elle est rendue, quand ores il en serait appelé ».

Il en est à peu pres de même des sentences qui interviennent dans les différens sieges de la châtellenie de Lille, tels que la gouvernance, le bailliage, et les justices seigneuriales. Voici les termes de l'art. 4 du tit. 22 de la coutume de cette province: « Appellation émise de sentences définitives ou interlocutoires, commissions exécutoires, ou autres exploits de justice, créent hypothèque sur les biens et heritages de l'appelant, pour les sommes et parties mentionnées èsdites sentences, commissions et exploits, ores que lesdites commissions soient suspendues par appellations ».

Ces dispositions ont donné lieu à trois questions.

La premiere a été de savoir si l'hypothèque judiciaire ne frappe que sur les immeubles du condamné, ou si les meubles en sont egalement affectes, tant qu'ils demeurent en sa possession. Le parlement de Flandre a adopte ce dernier parti, par arrêt du 14 fevrier 1698, confirmatif d'une sentence des échevins de Lille, du 20 octobre 1696. On a vu, à l'article *Mise de fait*, que les meubles sont susceptibles d'hypothèque dans les deux coutumes dont il s'agit.

La seconde question a été de savoir si les condamnations volontaires produisent hypotheque comme les condamnations forcées; ou, en d'autres termes, s'il est permis, dans ces deux coutumes, de prendre des sentences d'hypothèque, comme dans celles de Picardie.

L'affirmative a été prononcée par un arrêt du 31 juillet 1700, confirmatif d'une sentence des échevins de Lille, du 28 septembre 1699, et rapporté, comme le précédent, dans le recueil de Desjaunaux.

La troisième question était de savoir « Si » la coutume de la Salle de Lille, portant qu'ap» pellation émise de sentence définitive ou in» terlocutoire, engendre hypothèque sur les » biens de l'appelant, a lieu non seulement en » actions purement personnelles, mais aussi en » celles intentées par saisie des biens ». M. le premier président de Blie, dont nous empruntons ici les termes, dit que « l'affirmative » a été prononcée par arrêt, en confirmant » la sentence de la gouvernance de Lille ».

Toutes ces règles s'appliquent aussi aux sentences de la juridiction consulaire de Lille; témoins l'art. 18 de l'edit de création de ce siège, du moins de février 1715: « Voulons » que les jugemens par eux rendus, emportent » hypothèque sur les biens des débiteurs » condamnés par lesdits jugemens, en la ma» nière qu'elle est acquise par les sentences, » ordonnances et jugemens émanés des juris» dictions ordinaires ».

III. Les hypothèques tacites ou légales sont-elles encore en usage dans la Belgique?

Rien de plus simple en apparence que cette question; elle ne laisse cependant pas de souffrir bien des difficultés.

Pour l'affirmative, on cite Pollet, qui s'exprime ainsi, part. 2. §. 59, d'après Anselmo: « L'hypothèque tacite du droit romain n'est » point abrogée dans les coutumes qui ne » l'excluent pas nommément. Les ordonnan» ces des princes de ce pays, pour la nécessité » des devoirs de loi dans la constitution de » l'hypothèque, ne regardent que l'hypothèque » conventionnelle »; assertion qui paraît d'autant plus exacte, que l'on a toujours pensé, nonobstant les ordonnances dont parle Pollet, que l'on pouvait, en certaines coutumes, acquérir hypothèque par les voies de *saisie, de clain, de plainte à loi*, etc.

On appuie ces raisons d'un grand nombre d'arrêts.

Pollet en rapporte trois du parlement de Flandre, qui ont admis l'hypothèque légale du mineur sur les biens de son tuteur. Ils ont été rendus dans la coutume de Tournai, les 12 mars 1675, 18 juillet 1696 et 27 octobre 1707.

Desjaunaux nous en fournit un quatrième du 21 mai 1706, qui a admis, dans la même coutume, l'hypothèque tacite des entrepreneurs et ouvriers sur les maisons qu'ils ont bâties ou réparées.

Le grand conseil de Malines en a décidé de même par un arrêt du 23 décembre 1623, rendu dans la coutume de Namur, et rapporté dans le recueil de Cuvelier.

Un autre arrêt de ce tribunal, du 17 avril 1618, a jugé « qu'hypothèque a lieu sur les » biens du mari, pour remploi de ceux de la » femme, aliénés pendant la conjonction »; c'est encore Cuvelier qui le rapporte.

Ce magistrat nous en a conservé un troisième de l'année 1610, par lequel « la dame » de Mansfeld a été préférée sur un décret, » pour restitution de sa dot, contre les créan» ciers de feu le comte de Mansfeld, son mari, » à l'effet d'être mise en ordre après les hy» pothécaires antérieurs ».

Deghewiet atteste pareillement que la Hollande a conservé les hypothèques tacites du droit écrit; et il cite deux arrêts de 1580 et 1581, qui l'ont ainsi jugé.

D'un autre côté, on dit que l'art. 24 de l'édit perpétuel de 1611 abroge formellement toutes les hypothèques tacites, hors celle du prince; voici, en effet, comment il est conçu: « Combien que nul droit réel ès biens immeu» bles, soit en tout par vente ou location, ou » en partie par hypothèque, se peut acqué» rir sinon par les œuvres de loi à ce statuées » par les placards des princes nos prédéces» seurs, ou par les coutumes des lieux...., » toutefois n'entendons par ce être dérogé au » bénéfice de l'hypothèque légale et préfé» rence compétant par dispositions de droit » à nous et à notre fisc, sur les biens des rece» veurs de nos domaines et revenus ».

« Cet edit est clair (dit M. l'avocat général Waimel du Parc): il réserve seulement l'hy» pothèque tacite du fisc; par où le prince a » abrogé toutes les autres hypothèques taci» tes, attendu que *exceptio debet esse de re» gulâ*; et celle du fisc ne serait plus une » exception de la règle, si les autres étaient » conservées en même temps ».

La coutume de la châtellenie de Lille adopte expressément cette doctrine; voici ce quelle porte, tit. 22, art. 3: « Par la coutume gé» nérale, ne sont aucunes hypothèques taci» tes, sauf le privilège du prince ».

Telle est aussi la jurisprudence de presque tous les tribunaux de la Belgique.

Stockmans, §. 96, rapporte un arrêt du conseil souverain de Brabant, du 1er. mars 1656, qui a jugé qu'une hypothèque acquise par œuvres de loi, devait être préférée à celle que prétendait un mineur sur les biens de son tuteur, quoique l'une fût postérieure au temps auquel eût dû commencer l'autre, si elle eût existé.

« M. de Flines, dans son commentaire manuscrit sur la coutume de Tournai, tient » aussi que l'hypothèque tacite du droit romain est abrogée dans ce pays par l'art. 24 » de l'édit perpétuel, et il en cite une sentence des maieur et échevins de Tournai » du 6 août 1676 ». Ainsi s'exprime Pollet, part. 2, §. 59.

Desjaunaux rapporte un arrêt du parlement de Flandre, du 17 mars 1701, par lequel il a été jugé « qu'un mineur, dans le district du bailliage de Tournai, n'a pas droit » d'hypothèque tacite sur les biens de son tuteur, pour sûreté de ses deniers pupillaires ».

Cogniaux, *Pratique du retrait*, page 285, dit que « ni le traité de mariage, ni les obligations générales ou spéciales, ou autres » contrats personnels, quelque solennellement qu'ils soient passés, ni les sentences » ou arrêts des juges souverains ou autres, » ne produisent pas, en Hainaut, d'hypothèque, ni expresse, ni tacite, privilegiée ni » autres, non pas même pour les biens dotaux, ni pour aucunes autres causes, quelque » favorables qu'elles soient; les lois romaines qui établissent semblables hypothèques » privilégiées, n'ayant jamais été admises, » ni d'usage en Hainaut, non pas même celles » qui donnent privilège au vendeur sur les » fonds vendus, faute de paiement du prix de » la vente, et semblables ».

Maillart, sur le tit. 2 de la coutume d'Artois, remarque que l'on ne reconnaît dans cette province, « aucunes hypothèques tacites, ni pour dot, ni pour donations en faveur de mariage, ni pour conventions matrimoniales, ni pour douaire préfix, ni » pour reliquat de compte de tutelle. On prétend (continue-t-il) qu'un arrêt du 4 septembre 1684.... a colloqué une fille du jour » de la sentence du sénéchal de Ponthieu, qui » avait nommé son père tuteur, sur le prix de » la terre de Caveron, bailliage d'Hesdin, » pour le reliquat du compte de la tutelle; » mais cela resiste à l'art. 74 de la coutume » d'Artois ».

Maillart ajoute : « Une sentence du 16 juillet 1697 rendue au conseil d'Artois, a débouté » un enfant de l'hypothèque tacite et légale qu'il » prétendait sur une maison sise à Arras, saisie réellement sur sa mère et sur son vitrie. » Cet enfant fondait cette hypothèque tacite » sur le contrat du second mariage de sa » mère.... A la vérité, cette sentence a été infirmée par arrêt du 23 août 1704; mais ce » ne fut que sur la déclaration faite par le » poursuivant, qu'il avait été payé... Le conseil d'Artois s'est déclaré contre l'hypothèque tacite, le 28 juillet 1702, dans une sentence qui contient une espèce de notoriété ».

Une sentence du même tribunal du 13 mai 1748, renferme un nouveau témoignage de sa jurisprudence sur cette matière : elle ordonne l'enregistrement de l'ordonnance des substitutions du mois d'août 1747, « sans que » dudit enregistrement on puisse induire qu'il » y ait hypothèque dans la province pour la » dot des femmes et pour le douaire préfix ». (*V.* l'article *Douaire*, sect. 5, §. 2, no. 3).

Les articles de l'ordonnance de 1747 qui font la matière de cette modification, ont donné lieu à des remontrances de la part du parlement de Flandre, et le roi a rendu en conséquence une déclaration du 12 juillet 1749, dans le préambule de laquelle on remarque ces paroles : « Les officiers de notre » cour du parlement de Flandre nous ont représenté que, quelque utiles que soient ces » différentes dispositions, ils espéraient de notre bonté que nous voudrions bien les concilier avec les lois et les usages observés » dans les pays de son ressort...; que, dans ces » pays, on ne connaît point d'hypothèque » légale ou tacite, et qu'on ne peut en acquérir aucune que par les voies et les formes qui » y sont requises ».

L'art. 9 de cette déclaration porte : « Désirant expliquer plus particulièrement nos » intentions sur ce qui concerne l'hypothèque » ou recours subsidiaire des femmes des grevés » de substitution, et celle du substitué, sur » les biens de celui qui en était chargé, voulons que, par notredite cour de parlement, » il soit remis incessamment entre les mains » de notre cher et féal chancelier de France, » tels mémoires et observations qu'elle estimera convenables sur la manière d'acquérir » et de réaliser les hypothèques, suivant les » coutumes et usages desdits pays, pour, sur » le compte qui nous en sera par lui rendu, y » être par nous pourvu ainsi qu'il appartiendra ».

Cette disposition n'a point été exécutée; mais on assure que le parlement de Flandre a arrêté qu'en attendant une déclaration précise de la volonté du roi sur ce point, on regarderait comme non-avenus les articles de l'ordonnance de 1747 dans lesquels il est question d'hypothèque tacite.

On ne peut se cacher que toutes ces autorités prévalent à celles qui étayent l'opinion contraire. L'art. 24 de l'édit perpétuel suffirait seul pour la faire rejeter.

Cependant comme cet article ne parle des

hypothèques tacites que par énonciation, il forme plutôt une preuve de l'usage, qu'une loi proprement dite; et, par conséquent, il ne doit pas empêcher que l'on n'admette encore ces sortes d'hypothèques dans les pays où elles se sont conservées. Aussi remarquons-nous que l'arrêt du 17 mars 1701, cité plus haut, a été précédé d'un appointement à faire preuve de l'usage du ressort du bailliage de Tournai, concernant l'hypothèque tacite prétendue par un mineur sur les biens de son tuteur. Cette observation sert à concilier avec les autorités que nous venons de rapporter, les arrêts de 1580, 1581, 1610, 1618, 1623, 1695, 1698, 1706 et 1707, par lesquels on a vu ci-devant que l'hypothèque tacite a été admise dans certaines coutumes de la Belgique: et il est toujours vrai de dire qu'en général le droit commun de ces provinces ne reconnaît pas d'autres hypothèques que celles qui sont constituées par devoirs de loi.

V. Cette règle admet cependant quelques exceptions.

1°. Les rentes et même les simples promesses qui sont stipulées par des actes de partage entre co-héritiers, affectent de plein droit les lots des co-partageans.

Cuvelier en rapporte deux arrêts du grand conseil de Malines, l'un du mois d'avril 1598, l'autre sans date. Voici les termes de ce magistrat: « Partage fait entre enfans par lequel » l'aîné est chargé de quelque rente vers l'un » des puînés, engendre réalité sans autre so» lennité: ainsi jugé au mois d'avril 1598, » entre les sieurs Marthys, d'une part, et » Nicolas de Psalenier, sieur de Métroy, d'au» tre part. Ce qui aussi a été jugé sur la » coutume d'Artois, pour les sieurs de » Noyelles ».

Deghewiet cite deux arrêts semblables rendus au parlement de Flandre, le 10 septembre 1675 et en 1699.

Winants nous en retrace un autre du conseil souverain de Brabant, en date du 7 septembre....

Au surplus *V.* ci-devant, §. 1, n°. 6-7°.

2°. Les partages que font les pères et mères entre leurs enfans, opèrent la même *réalisation* que s'ils étaient faits après leur mort par leurs enfans mêmes. Philippe-Louis d'Alsace, comte de Bossu et prince de Chimay, avait assigné plusieurs terres à son fils aîné, *moyennant de payer à chacun de ses frères et sœurs la somme de 609 florins par an, en forme de rente partagère.* L'aîné ayant vendu ces terres aux nommés Isertevens, Slevens et consorts, Thomas-Philippe d'Alsace, comte de Bossu, l'un des puînés, forma contre eux une demande en déclaration d'hypothèque; et, « par arrêt du 22 juin 1709, le grand con» seil de Malines lui adjugea ses conclusions » avec dépens, sur ce qu'on entendit que ren» tes partagères, telles que celles en question, » réalisent *ipso facto;* dont lesdits Iserte» vens, Slevens et consorts ayant intenté la » révision, ledit arrêt a été confirmé le 14 » de mai 1710 »(1).

Les chartes générales de Hainaut sont conformes à cette décision; c'est ce qui résulte de l'art. 1er. du chap. 94: « Personne ne pour» ra...., charger ses fiefs que par déshéritan» ce..., sauf par avis de père et de mère ».

3°. On a déjà vu que l'art. 24 de l'édit perpétuel de 1611, établit en faveur du roi, une « hypothèque légale et préférence sur » les biens des receveurs de ses domaines et » revenus, à tous autres créditeurs dont les » lettres seraient contractées depuis la date » de la prestation de leur serment; de laquelle » préférence (disent les archiducs) nous » entendons user contre tous lesdits receveurs » en quelque province qu'ils exercent le fait » de leur charge ».

La cour souveraine de Mons a fait des remontrances contre cette disposition, sous prétexte que la jurisprudence du Hainaut n'admet aucune hypothèque tacite; mais un rescrit du 10 septembre 1611 lui a ordonné de s'y conformer; il est rapporté par Anselmo, dans son commentaire sur l'edit perpétuel.

Le parlement de Flandre a jugé, par un arrêt du 23 janvier 1696, qui est inséré dans le recueil de Desjaunaux, que « l'hypothèque » accordée par le roi à ses fermiers et sous- » fermiers sur les biens de leurs débiteurs, » ne préjudicie point aux prétentions immé» diates du roi; et que les sous-fermiers, en » donnant leurs sous-fermes en arrière-bail, » contre la défense de la déclaration du 22 juil» let 1691, se privent de l'hypothèque que » les ordonnances leur donnent sur les biens » de leurs débiteurs ».

On a agité au conseil souverain de Brabant la question de savoir si le roi a une hypothèque tacite contre tous ceux qui contractent avec lui.

La raison de douter était que l'art. 24 de l'édit perpétuel de 1611 ne lui réserve ce privilège que sur les biens des *receveurs de ses domaines et revenus.*

La raison de décider a été que les lois romaines, notamment la loi 1, D. *in quibus*

(1) Recueil d'arrêts de Dulaury, §. 57.

causis pignus tacitè contrahatur, et la loi 3, C. *de privilegiis fisci*, accordent au prince une hypothèque légale sur tous les biens de ses débiteurs quelconques, et que les archiducs ne les ayant pas abrogées expressément, on ne doit pas présumer qu'ils aient eu l'intention de le faire.

En conséquence, il a été jugé, par arrêt du mois de juillet 1644, que le receveur des domaines et bois de Bruxelles avait hypothèque sur les biens d'une personne qui s'était rendue adjudicataire d'une coupe de bois de son département.

4°. Maillart dit que « les états d'Artois ont » attesté, par certificat du 30 janvier 1708, » qu'ils avaient hypothèque tacite sur les » biens de leurs fermiers, receveurs, collec- » teurs et des cautions. Ce privilége a été ac- » cordé à la ville d'Arras, par placard du 16 » août 1616, confirmé par la réponse du roi, » au cahier de la ville d'Arras, daté du 28. » août 1640 ».

Dubois d'Hermanville rapporte un arrêt du parlement de Flandre, du 15 février 1690, par lequel il a été jugé, *eu égard à un ancien usage établi dans la châtellenie de Lille*, que les communautés d'habitans ont, en cette province, une hypothèque tacite sur les biens de leurs collecteurs.

On juge de même en Hollande, suivant Voet, sur le Digeste, liv. 20, tit. 2, n°. 25.

5°. Un arrêt du 10 juin 1690, également rapporté par Dubois d'Hermanville, a décidé que « le vendeur d'un fonds, à la charge de » payer une rente à son acquit par l'acheteur, » acquiert, par cette stipulation, une hypo- » thèque légale ».

Mais cette décision n'est pas générale; les biens qui en étaient l'objet, étaient situés dans la coutume de Furnes; et cette loi porte, tit. 27, art 7, que « les vendeurs des fonds » d'héritages ou des maisons, trouvant, avant » tout le paiement, lesdites maisons ou les » héritages vendus encore une fois ou engagés, » le reste du prix, non encore payé, pourra être » recouvré par les premiers vendeurs sur les » mêmes fonds d'héritages ou maisons, par » préférence et tacite hypothèque aux rentes » et aux charges nanties et hypothéquées des- » sus la première vente ».

L'usage a étendu la disposition de cette coutume à la province d'Artois: « L'Artois » (dit Maillart) reconnaît le privilége du ven- » deur; il est nommé hypothèque viscérale et » légale, à cause que l'acheteur ne possède » le fonds acheté qu'à condition d'en payer » le prix ».

On a vu plus haut, n°. 4, que le Hainaut, a sur ce point, une jurisprudence toute différente.

6°. L'hypothèque tacite des mineurs sur les biens de leurs tuteurs, est reconnue expressément par plusieurs coutumes de la Flandre flamande qui sont citées par Vandenhane, dans sa *Table générale*, au mot *Mineur;* et tel est le droit commun de cette province.

Mais il faut que cette hypothèque soit exercée dans les cinq ans de la majorité du mineur à qui elle appartient; autrement, elle s'anéantit, suivant deux placards des 19 juillet 1669 et 4 septembre 1693; et c'est ce qu'a jugé une sentence du 23 mars 1710, rapportée par Deghewiet.

Une autre particularité remarquable dans cette hypothèque, est qu'elle n'a pas lieu sur les fiefs. C'est ce qu'établit fort bien de Clerck, sur le *Traité des fiefs* du président Wiclant, tit. 152, obs. 1, n°. 5.

7°. On a prouvé dans le paragraphe précédent, n°. 3, que la possession paisible d'un bien dont on a négligé de prendre saisine, suffit, lorsqu'elle a duré tout le temps de la prescription coutumière, pour suppléer aux formalités du Nantissement, et assurer à l'acquéreur une propriété incommutable. Peut-on dire, par la même raison, que le créancier, qui a joui paisiblement d'une rente assignée par un simple contrat personnel, sur un immeuble, a acquis par sa jouissance une hypothèque réelle sur ce bien?

La coutume de Liége adopte l'affirmative, comme on l'a vu à l'endroit auquel nous venons de renvoyer; mais cette disposition lui est absolument particulière; et nous lisons dans le recueil de Winants, §. 190, que le conseil souverain de Bruxelles a pensé tout autrement en mai 1705.

On sent la raison de cette différence entre l'acquéreur et le créancier: l'un possède le fonds qu'il a acheté ou qui lui a été donné, et conséquemment il peut en acquérir la propriété par prescription; l'autre n'exerce aucun droit sur le bien affecté par contrat à sa rente; c'est du débiteur même qu'il reçoit ses arrérages, et il n'a contre lui qu'une action personnelle, en cas de retard ou de refus de paiement; il n'est donc pas possible qu'il acquière une hypothèque par prescription; car on ne prescrit jamais ce qu'on ne possède pas.

[[§. III. *État actuel de la législation française sur le Nantissement.*

Les changemens que les lois nouvelles ont successivement apportés au régime des coutumes de Nantissement, sont exposés aux mots *Devoirs de loi*, §. 4.

Au surplus, *V.* les articles *Hypothèque*, sect. 1 et 2; *Plainte à loi*, *Rapport à loi*, et les autres articles auxquels on a renvoyé dans le cours de celui-ci.]]

* NATURALISATION. C'est l'acte par lequel un étranger obtient les mêmes droits et privilèges que s'il était né en France.

I. On naturalise un étranger par des lettres qu'on lui accorde en grande chancellerie; ce qu'on nomme *lettres de Naturalité* (M. Guyot.) *

[[Ces lettres que le roi seul pouvait accorder sous l'ancien régime, et qui devaient être enregistrées dans les cours souveraines, étaient alors, à quelques exceptions près qui sont rappelées sous le mot *Aubaine*, le seul moyen de naturaliser un étranger.

La loi du 30 avril-2 mai 1790, qui est rapportée et discutée sous le mot *Divorce*, sect. 4, §. 10, en a introduit d'autres; et la constitution du 3 septembre 1791 les a maintenus tous, hors un seul: « Ceux qui, nés hors du » royaume, de parens étrangers (a-t-elle dit, » tit. 2, art. 3), résident en France, deviennent citoyens français, après cinq ans de » domicile continu dans le royaume, s'ils y » ont en outre acquis des immeubles ou épousé » une Française, ou formé un établissement » d'agriculture ou de commerce, et s'ils ont » prêté le serment civique ».

Par l'article suivant, la même loi a conservé la Naturalisation par lettres; mais elle l'a placée dans les attributions du corps législatif: « Le pouvoir législatif (ce sont ses termes) pourra, pour des considérations importantes, donner à un étranger un acte de » Naturalisation, sans autres conditions que » de fixer son domicile en France, et d'y » prêter le serment civique ».

De là, la loi du 26 août 1792, qui a déféré « le titre de citoyen français au docteur Joseph Priestley, à Thomas Payne, à Jérémie » Bentham, à William Wilberforce, à Thomas Clarkson, à Jacques Mikinstash, à » David Williams, à N. Gorani, à Anacharsis » Cloots, à Corneille Pave, à Joachim Henri » Campe, à N. Pestalozzi, à George Washington, à Jean Hamilton, à N. Maddison, » à N. Klopstock, et à Thadée Kosiusko ».

Ce mode de Naturalisation ne se retrouvait pas dans la constitution du 5 fructidor an 3; il y était seulement dit, art. 10, que l'étranger devenait citoyen français, lorsqu'après avoir atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y avait résidé pendant sept années consécutives, pourvu qu'il y payât une contribution directe, et qu'en outre il y possédât une propriété foncière, ou un établissement d'agriculture ou de commerce, ou qu'il eût épousé une Française.

II. La constitution du 22 frimaire an 8 porte, art. 3, qu'un « étranger devient citoyen français, lorsqu'après avoir atteint l'âge de » vingt et un ans accomplis, et avoir déclaré » l'intention de se fixer en France, il y a » résidé pendant dix années consécutives ».

Ainsi, d'une part, cet article exige moins de conditions que ne le faisait la constitution du 5 fructidor an 3, sauf qu'au lieu d'une résidence de sept années, dont se contentait celle-ci, il veut une résidence de dix ans (1); de l'autre, à l'exemple de la constitution du 5 fructidor an 3, il exclud la Naturalisation par acte particulier.

Au reste cette disposition ne subsiste plus comme loi constitutionnelle: la restauration de 1814 lui en a ôté le caractère.

Mais elle subsiste encore, avec une légère modification, comme loi implicitement renouvelée par le Code civil. Cela résulte de l'ordonnance publiée à la séance royale du 4 juin 1814.

Après avoir établi, par un premier article, que, « conformément aux anciennes constitutions françaises, aucun étranger ne pourra » siéger, à compter de ce jour, ni dans la » chambre des pairs, ni dans celle des députés, » à moins que, par d'importans services rendus à l'état, il n'ait obtenu (de S. M.) des « lettres de naturalisation vérifiées par les » deux chambres »,

Cette ordonnance ajoute, art. 2: « Les dispositions du Code civil, relatives aux étrangers et *à leur naturalisation*, n'en restent » pas moins en vigueur et seront exécutées » suivant leur forme et teneur ».

Quelles dispositions le Code civil renferme-t-il relativement à la *naturalisation* des étrangers? A prop...ment parler, il n'en renferme aucune. Il se bo..ne à dire, art. 7, que la qualité de Français *s'acquiert conformément à la loi constitutionnelle*. Mais, par là même, il se réfère à l'art. 3 de l'acte du 22 frimaire an 8, seul texte constitutionnel qui existât en 1803, sur la voie à prendre par les étrangers pour acquérir la qualité de Français; il l'adopte, il le fait sien. C'est donc nécessairement à cet article, considéré comme fondu dans le Code civil, que fait allusion l'ordonnance du Roi, du 4 juin 1814, quand elle maintient *les dispositions du Code civil*

(1) *V.* l'article *Domicile*, §. 13.

relatives aux étrangers et à leur naturalisation.

Du reste, toute espèce de doute sur ce point disparaîtra à la lecture de la loi du 14 octobre 1814, que nous rapporterons dans un instant.

Devons-nous conclure de là que les étrangers qui, dans l'intervalle de l'acte du 22 frimaire an 8 à l'ordonnance du Roi du 4 juin 1814, avaient résidé pendant dix ans en France, après avoir fait la déclaration de leur intention de s'y fixer, doivent être aujourd'hui considérés comme investis de plein droit de la qualité de français? Devons-nous en conclure que les etrangers qui aujourd'hui déclareraient leur intention de se fixer en France, deviendraient Français de plein droit, après une résidence de dix années?

L'affirmative ne serait susceptible d'aucune difficulté, s'il n'avait été fait, avant 1814, aucun changement à l'art. 3 de l'acte du 22 frimaire an 8, implicitement adopté par le Code civil.

Mais il était intervenu, le 17 mars 1809, un décret d'après lequel les uns et les autres avaient encore besoin, pour être reconnus Français, non pas de lettres de naturalisation, mais de *lettres de déclaration de naturalité*.

Ce décret était ainsi conçu :

« Art. 1. Lorsqu'un etranger, en se conformant aux dispositions de l'acte des constitutions de l'Empire du 22 frimaire an 8, aura rempli les conditions exigées pour devenir citoyen français, sa Naturalisation sera prononcée par nous.

» 2. La demande en Naturalisation et les pièces à l'appui seront transmises par le maire du domicile du pétionnaire au préfet, qui les adressera, avec son avis, à notre grand-juge ministre de la justice ».

On voit que ce décret avait modifié l'art. 3 de l'acte du 22 frimaire an 8, et par conséquent l'adoption implicite qu'en avait faite le Code civil.

Or, est-ce avec cette modification que l'ordonnance du Roi du 4 juin 1814 est censée avoir elle même maintenu cet article?

Oui, et la preuve en est écrite textuellement dans la loi du 14 octobre 1814.

» Nous sommes informé (y est-il dit) qu'il s'est élevé des difficultés sur l'exécution de notre ordonnance du 4 juin dernier, qui, en n'admettant à siéger à la chambre des pairs et à celle des députés qu'après avoir obtenu pour d'importans services des lettres de naturalisation vérifiées dans les deux chambres, ne laisse pas de maintenir les dispositions du Code civil relatives aux étrangers et à leur naturalisation.

» Il nous paraîtrait injuste d'exiger, aux termes du Code civil et de la constitution du 22 frimaire an 8, une déclaration préalable et dix ans de domicile de ceux qui, se regardant comme Français, n'avaient eu aucune déclaration à faire pour transporter leur domicile dans l'intérieur du royaume, y former des établissemens, y accepter et occuper des fonctions publiques.

» Nous avons jugé que l'acte même de la réunion de leur pays à la France devait leur tenir lieu de déclaration particulière, et que, s'ils ont exercé pendant dix années les droits de citoyen Français, il leur suffirait de déclarer l'intention de les conserver, pour continuer à jouir des droits civils et politiques à l'exception de ceux réservés par l'art. 1er. de l'ordonnance du 4 juin...;

» A ces causes....,

» Art. 1er. Tous les habitans des départemens qui avaient été réunis au territoire de la France depuis 1791, et qui, en vertu de cette réunion, se sont établis sur le territoire actuel de France, et y ont résidé, sans interruption depuis dix années et depuis l'âge de vingt et un ans, sont censés avoir fait la déclaration exigée par l'art. 3 de la loi du 22 frimaire an 8, à charge par eux de déclarer, dans le délai de trois mois à dater de la publication des présentes, qu'ils persistent dans la volonté de se fixer en France.

» Art. 2. Ils obtiendront à cet effet, de nous, des lettres de *déclaration de naturalité*, et pourront jouir, dès ce moment, des droits de citoyen français à l'exception de ceux réservés dans l'art. 1er. de l'ordonnance du 4 juin, qui ne pourront être accordés qu'en vertu de lettres de naturalisation vérifiées dans les deux chambres ».

III. Au surplus, la disposition de l'art. 3 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8 avait été critiquée au conseil d'état, lorsqu'elle lui avait été présentée comme offrant le seul moyen de Naturalisation auquel le Code civil dût se référer. « C'est un défaut dans la » constitution (avait dit M. Rœderer, à la » séance du 4 fructidor an 9) de ne pas autoriser la concession de lettres de naturalité. » Il en résultera que des hommes d'un rare » mérite, tels que Franklin, par exemple, » ne pourront jamais devenir français, parce» qu'ils seront dans un âge trop avancé pour» espérer d'accomplir leur stage politique ».

Et c'est à quoi il avait été pourvu par le sénatus-consulte du 26 vendémiaire an 11, qui était ainsi conçu :

« Art. 1. Pendant cinq ans, à compter de

la publication du présent sénatus-consulte organique, les étrangers qui rendront ou qui auraient rendu des services importans à la république, qui apporteront dans son sein, des talens, des inventions ou une industrie utile, ou qui formeront de grands établissemens, pourront, après un an de domicile, être admis à jouir du droit de citoyens français.

» 2. Ce droit leur sera conféré par un arrêté du gouvernement, pris sur le rapport du ministre de l'intérieur, le conseil d'état entendu.

» 3. Il sera délivré à l'impétrant une expédition dudit arrêté, visée par le grand juge, ministre de la justice, et scellée du sceau de la république.

» 4. L'impétrant, muni de cette expédition, se présentera devant la municipalité de son domicile pour y prêter le serment d'être fidèle au gouvernement établi par la constitution: il sera tenu registre et dressé procès-verbal de cette prestation de serment ».

Cette dérogation à l'art. 3 de la constitution du 22 frimaire an 8, n'était, comme l'on voit, que temporaire. Mais elle avait été rendue perpétuelle par un autre sénatus-consulte du 19 février 1808, dont voici les termes :

« Art. 1. Les étrangers qui rendront ou qui auraient rendu des services importans à l'état, ou qui apporteront dans son sein, des talens, des inventions ou une industrie utiles ou qui formeront de grands établissemens, pourront, après un an de domicile, être admis à jouir du droit de citoyens français.

» 2. Ce droit leur sera conféré par un décret spécial rendu sur le rapport d'un ministre, le conseil d'état entendu.

» 3. Il sera délivré à l'impétrant une expédition dudit décret, visé par le grand juge, ministre de la justice.

» 4. L'impétrant, muni de cette expédition, se présentera devant la municipalité de son domicile, pour y prêter le serment d'obéissance aux constitutions de l'Empire et de fidélité au chef de l'État. Il sera tenu registre et dressé procès-verbal de cette prestation de serment ».

IV. Ainsi, dans l'état actuel de notre législation politique, un étranger peut devenir Français de deux manières.

Il peut le devenir par une résidence continue de dix années en France, à la suite de la déclaration prescrite par l'art. 3 de l'acte du 22 frimaire an 8; mais il ne peut être reconnu pour tel, qu'après avoir obtenu du Roi des *lettres de déclaration de naturalité.*

Il peut le devenir sans une résidence préalable de dix années en France, en obtenant immédiatement du Roi des *lettres de Naturalisation.*

Mais les lettres de Naturalisation sont de deux sortes : celles de *grande naturalisation*, qui confèrent l'habileté, soit à être nommé par le Roi membre de la chambre des pairs, soit à être élu membre de la chambre des députés; et celles de *simple naturalisation*, qui ne confèrent que la partie des droits politiques non comprise dans la grande naturalisation, et la plénitude des droits civils (1).

V. Il y a pourtant une observation importante à faire là-dessus : c'est que les étrangers qui ont été naturalisés, non-seulement avant le Code civil, mais même avant l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, par les voies qui leur étaient alors ouvertes à cet effet, conservent encore aujourd'hui, aussi bien que leurs descendans nés en France, la qualité de Français.

Comment, en effet, l'auraient-ils perdue? L'acte du 22 frimaire an 8 avait sans doute dérogé aux lois antérieures qui avaient établi d'autres moyens de naturalisation; mais il n'y avait dérogé que pour l'avenir; il n'avait donc pas détruit les effets qu'elles avaient produits avant sa publication.

Aussi, nul doute que les étrangers qui, avant la révolution de 1789, ont été naturalisés par lettres-patentes du Roi, enregistrées dans les cours, ne soient encore aujourd'hui Français.

Et par la même raison, nul doute que l'on ne doive encore aujourd'hui considérer comme Français, tous les étrangers à qui la loi du 2 mai 1790 en avait conféré la qualité.

Cette loi qui intéresse un grand nombre d'individus, mérite une attention particulière. Elle sanctionne un décret du 30 avril précédent ainsi conçu :

« L'assemblée nationale, voulant prévenir les difficultés qui s'élèvent au sujet des con-

(1) La loi fondamentale du royaume des Pays-Bas distingue aussi deux sortes de lettres de naturalisation : les unes, qu'elle appelle lettres d'*indigénat*, et que l'art. 10 de cette loi permettait au roi d'accorder *pendant une année après sa promulgation*, à l'effet de faire jouir les étrangers du droit réservé par l'art. 8 aux indigènes, *d'être nommés membres des états généraux, chefs ou membres des départemens d'administration générale, conseillers d'état, commissaires du roi dans les provinces ou membres de la haute cour*; les autres, qu'elle appelle simplement lettres de *naturalisation*; et qui, suivant l'art. 9, rendent les étrangers *admissibles à toutes autres fonctions.*

ditions pour devenir Français, décrète ce qui suit :

» Tous ceux qui, nés hors du royaume, de parens étrangers, sont établis en France, seront réputés Français, et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyens actifs, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont en outre ou acquis des immeubles, ou épousé une Française, ou formé un établissement de commerce, ou reçu dans quelque ville des lettres de bourgeoisie, principalement dans les départemens des frontières et dans les villes maritimes; nonobstant tous réglemens contraires auxquels il est dérogé, sans néanmoins qu'on puisse induire du présent décret, qu'aucune élection faite doive être recommencée ».

D'après cette loi, il n'est pas douteux que les étrangers qui, se trouvant dans l'une des positions qu'elle prévoit, ont, dans le temps où elle était en vigueur, prêté en France le serment civique, ne soient devenus Français et ne le soient encore.

Mais en ont-ils également acquis la qualité, s'ils n'ont pas prêté le serment civique?

J'ai établi l'affirmative dans des conclusions du 22 mars 1806, rapportées à l'article *Divorce*, sect. 4, §. 10; et c'est ainsi que la question est jugée par un arrêt de la cour de cassation, du 27 avril 1819, qui en maintient un de la cour royale de Paris, du 25 avril 1818, et qu'il suffit de transcrire pour en faire connaître l'espèce :

« Attendu que la loi du 2 mai 1790 distingue entre les étrangers qui doivent être réputés français et ceux qui veulent être admis à l'exercice des droits de citoyens actifs; qu'elle impose aux premiers deux conditions, 1º. d'avoir dans le royaume un domicile continu de cinq années; 2º. d'avoir ou acquis des immeubles en France, ou épousé une Française, ou formé un établissement de commerce, ou reçu dans quelque ville de lettres de bourgeoisie; et que, pour les seconds, elle exige les mêmes conditions, et en outre la prestation du serment civique; que cette distinction, qui résulte de la construction grammaticale de la loi, est justifiée par la différence des droits civils attachés à la qualité de français, et des droits inhérens au titre de citoyen actif; qu'il suit de là que, d'après la loi du 2 mai 1790, le serment civique exigé de l'étranger qui voulait exercer en France les droits politiques de citoyen actif, ne l'était pas de celui qui voulait seulement être réputé Français ;

» Attendu qu'il résulte des faits déclarés constans par l'arrêt attaqué, que le prince d'Hénin, né à Bruxelles en 1744, a été, peu de temps après sa naissance, amené en France par sa mère, Française d'origine; qu'il y a résidé jusqu'à sa mort arrivée en 1794; qu'en 1758, il obtint du Roi de France des lettres de bénéfice d'âge qui furent entérinées au Châtelet de Paris; qu'en 1766 il a épousé en France une Française, et que, dans leur contrat de mariage, les époux déclarèrent qu'ils se soumettaient aux dispositions de la coutume de Paris; qu'en 1774, il fut nommé capitaine des gardes de monseigneur le comte d'Artois, et qu'en cette qualité, il prêta serment de fidelité au Roi;

» Attendu que, des diverses circonstances ci-dessus énoncées, il suffit que le prince d'Hénin ait résidé plus de cinq années en France, et qu'il y ait épousé une Française, pour être réputé Français, aux termes de la loi de 1790; que, dès lors, il importe peu qu'il ait rempli les formalités voulues par les lois antérieures et postérieures à celles de 1790, sous l'empire de laquelle la qualité de Français lui a été irrévocablement acquise;

» Attendu que ces faits une fois reconnus, la cour royale de Paris n'a fait qu'une juste application des principes de la matière, en déclarant que le prince d'Hénin est mort Français;

» La cour rejette le pourvoi.... (1) ».

VI. La Naturalisation du père emporte-t-elle la Naturalisation des enfans qui lui étaient nés antérieurement? *V.* l'arrêt du 6 septembre 1611, rapporté à l'art. *Légitime*, sect. 5, §. 1, nº. 9.

VII. Quel est, en France, l'état des enfans d'un Français naturalisé en pays étranger, qui sont nés dans ce pays? *V.* l'article *Mort civile*, §. 1, art. 3, et §. 2; et l'art. 4 du décret du 26 août 1811, rapporté au mot *Français*.

VIII. Quel est, en France, l'état des Français naturalisés en pays étranger, avec ou sans autorisation du roi? *V.* le même décret.

Au surplus, *V.* les articles *Dénization* et *Étranger*]].

* NAUFRAGE. C'est le bris, la rupture, le fracassement et la perte d'un vaisseau qui donne contre des rochers, ou qui coule à fond, ou enfin qui périt par quelque autre accident. Cela provient fort souvent des tempêtes; mais l'impéritie des pilotes y a aussi beaucoup de part; car on reconnaît qu'à mesure que la na-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 19, partie 2, page 315.

vigation s'est perfectionnée, les Naufrages sont devenus plus rares.

I. Il s'était établi anciennement, sur toutes les côtes de la mer, un droit barbare qu'on appelait *droit de Naufrage*, en vertu duquel on s'emparait des effets de ceux qui avaient le malheur de faire Naufrage sur des côtes étrangères. On pensait qu'on ne devait ni justice ni pitié à ceux avec lesquels on n'était uni par aucune communication du droit civil. Quelques-uns, tels que Selden, ont prétendu que cet abominable droit avait été introduit par les Rhodiens. Il est constant qu'il fut pratiqué par les romains, qui ne reconnurent que fort tard que les effets du Naufrage ne devaient appartenir ni au fisc ni au premier occupant, et qu'ils devaient au contraire être restitués à celui qui en avait la propriété avant le Naufrage.

Les premiers empereurs qui paraissent avoir renoncé au droit de Naufrage qu'exerçait le fisc, sont Adrien et Antonin. Mais les lois qu'ils firent sur cette matière, furent négligées par plusieurs de leurs successeurs, qui songèrent moins à faire régner la justice, qu'à étendre les droits du fisc, ensorte que, dans la décadence de l'Empire, les bonnes lois demeurant sans vigueur, le désordre, par rapport aux Naufrages, ne put que continuer. Les peuples croyaient ne s'approprier que les droits du fisc, trop faible alors pour les conserver, et ils n'envisageaient pas l'injustice dont ils se rendaient coupables envers les malheureux naufragés. Ainsi, la coutume de piller les effets naufragés fut une espèce de mal épidémique qui s'étendit de toutes parts. En France, les seigneurs voisins des côtes de la mer, après avoir participé, comme particuliers, au pillage des effets naufragés, se firent peu à peu, de ce pillage, un droit exclusif et comme attaché à leurs seigneuries.

Nos rois, trop peu puissans alors pour faire respecter leur autorité, auraient en vain entrepris de réprimer ce brigandage. Aussi voit-on que Saint-Louis, au lieu de punir le duc de Bretagne, qui exerçait à la rigueur le droit de Naufrage, traita avec lui en 1231, pour l'engager à renoncer à ce droit; et cette renonciation n'eut lieu qu'à condition que les navigateurs prendraient de ce duc des *brefs* ou *brieux*, appelés les uns de *sauver*, et les autres de *conduite* ou de *victuailles*.

Vers ce temps-là, parurent les fameux *jugemens d'Oléron*; ce sont des réglemens qui eurent uniquement pour objet la navigation des côtes de Guienne, de Poitou et de Normandie; mais ils parurent si judicieux qu'on les adopta partout. Ils ordonnèrent, entre autres choses, qu'on fournirait les secours convenables à ceux qui auraient le malheur de faire Naufrage, qu'on leur laisserait tous leurs effets sans en retenir aucun, et qu'on n'exigerait d'eux autre chose que les frais de sauvement, tels qu'ils seraient réglés par justice; le tout, sous peine, contre les transgresseurs, d'être *excommuniés de l'église et d'être punis comme larrons*.

Dans le traité de paix et de commerce conclu entre Henri VII et Philippe, archiduc d'Autriche, duc de Bourgogne et comte de Flandre, le 24 février 1495, il fut stipulé qu'en cas de Naufrage, les débris et les effets ne seraient point sujets à confiscation, quoiqu'il ne fût échappé personne du Naufrage, mais qu'ils seraient sauvés et recueillis par les soins des officiers des parties contractantes, et mis sous bonne garde pendant un an et un jour, pour être rendus à ceux qui, dans cet espace de temps, justifieraient de leur droit de propriété sur ces effets.

Cette règle fut adoptée par François Ier., dans son ordonnance du mois de février 1543, la première que nous ayons sur la matière dont il s'agit: il ordonna d'ailleurs qu'à défaut de réclamation dans l'an et jour, un tiers des effets qui auraient été tirés de la mer, appartiendrait à ceux qui les auraient sauvés, un tiers à l'amiral, et l'autre tiers au roi ou aux seigneurs auxquels il aurait cédé son droit.

Le parlement de Paris, en enregistrant cette loi, limita à deux mois le temps de la réclamation; et cette disposition, toute injuste qu'elle était, fut confirmée par l'ordonnance du mois de mars 1584; mais elle a dans la suite été réformée par l'ordonnance de janvier 1629 et par celle du mois d'août 1681.

II. Par l'art. 1 du tit. 9 du liv. 4 de cette dernière loi, le législateur déclare qu'il met sous sa protection et sauve-garde, « les vaisseaux, » leurs équipages et chargemens qui auront été » jetés par la tempête sur les côtes du royau- » me, ou autrement y auront échoué, et en » général tout ce qui sera échappé du Nau- » frage ».

L'art. 2 enjoint aux sujets du roi de faire leur possible pour secourir les personnes qu'ils voient en danger de faire Naufrage. La même loi veut que ceux qui attentent à la vie et aux biens de ces personnes, soient punis de mort, sans qu'il puisse leur être accordé aucune grâce.

III. Pour rendre uniforme la manière de procéder en cas de Naufrage, Louis XV a donné, le 10 janvier 1770, une déclaration qui contient les dispositions suivantes:

« Art. 1. Les seigneurs et habitans des paroisses voisines de la mer, incontinent après les Naufrages et échouemens, en avertiront ou feront avertir les officiers de l'amirauté dans le détroit de laquelle lesdites paroisses se trouveront assises. Voulons qu'il soit payé, par privilége et préférence, sur les premiers deniers de la vente des effets sauvés, à celui qui, le premier, aura donné avis du Naufrage et échouement, au siége de l'amirauté, trois livres par lieue, l'allée et le retour compris, à partir du Naufrage et échouement, jusqu'à celui de la résidence dudit siége, et qu'il en soit fait mention dans le procès-verbal qui sera dressé par lesdits officiers à leur arrivée, ainsi que de l'heure à laquelle ils auront été avertis.

» 2. Lesdits officiers de l'amirauté seront tenus de faire avertir les officiers des classes, le trésorier des invalides, et le receveur de l'amirauté, des bris, Naufrages et échouemens arrivés sur les côtes de leur ressort, avant de s'y transporter, afin qu'ils en puissent prendre connaissance

» 3. Lesdits seigneurs, leurs officiers, les curés, ou les syndics desdites paroisses, seront tenus, en attendant l'arrivée des officiers de l'amirauté, de faire travailler au sauvetage des effets provenans du Naufrage et échouement, d'en empêcher le pillage, et de pourvoir à tout ce qui sera le plus urgent; comme aussi d'en informer les officiers de l'amirauté, dès qu'ils seront arrivés, pour en être par eux fait mention dans leur susdit procès-verbal. Faisons défenses expresses à tous autres habitans d'y travailler hors la présence desdits seigneurs, leurs officiers, curés ou syndics, et s'ils n'y sont par eux appelés, à peine de telle amende qu'il appartiendra, même, s'il y échet, d'être poursuivis extraordinairement.

» 4. En cas qu'il ne se présente aucun commissionnaire ayant charge et pouvoir, ou toute autre personne qui offre d'avancer gratuitement les frais des ouvriers pour le sauvetage du vaisseau, effets et marchandises, les officiers de l'amirauté nommeront d'office un commissaire, qu'ils choisiront parmi les négocians, à l'effet de se transporter au lieu de l'échouement, pour y faire l'avance desdits frais, pour laquelle il lui sera alloué, pour droit de commission, demi pour cent par mois des sommes qu'il aura avancées, non compris sa vacation, pour laquelle il ne pourra lui être fixé plus de six livres par chaque journée. Voulons qu'il soit payé du tout, par privilége et préférence, sur les premiers deniers qui proviendront de la vente des effets sauvés.

» 5. Aussitôt que les officiers de l'amirauté auront connaissance du nom du navire, de la nation, du capitaine, du lieu du départ, de celui de sa destination, et en gros du chargement, ils seront tenus de le faire afficher au lieu le plus apparent de l'échouement, ainsi qu'à la porte de l'auditoire de l'amirauté.

» 6. Les voituriers, charretiers et mariniers seront tenus de se transporter avec chevaux, harnais et bateaux au lieu du Naufrage et échouement, à la première sommation qui leur en sera faite de la part des seigneurs, officiers, curés, syndics, ou officiers de l'amirauté, à peine de cinquante livres d'amende contre chacun des refusans, même sous plus grande peine, s'ils y échet, et sera l'ordonnance portant condamnation à l'amende ou autre peine, affichée aux frais des contrevenans.

» 7. Il sera nommé d'office, par les officiers de l'amirauté, un gardien bon et solvable des effets et marchandises sauvés du Naufrage et échouement.

» 8. Faisons très-expresses inhibitions et défenses à tous les officiers des amirautés de faire déposer dans les magasins appartenans à aucuns d'eux, ou dépendans des maisons où ils habitent, les effets et marchandises, agrès et apparaux sauvés des bris, Naufrages et échouemens, à peine d'interdiction, même, en cas de récidive, de telle autre peine qu'il appartiendra.

» 9. Les travailleurs seront employés par marée ou journée, et il en sera tenu un rôle par les officiers de l'amirauté. L'appel sera fait en leur présence au commencement et à la fin de chaque journée, sans qu'aucun autre puisse, après l'arrivée des officiers, s'immiscer au travail que ceux qui auront été par eux choisis, à peine du fouet.

» 10. Il sera pareillement tenu par les mêmes officiers, un état des voitures qui auront été faites pour porter les effets sauvés dans les magasins; et il sera délivré au voiturier, en partant du lieu du Naufrage, deux états de sa charge, qu'il remettra au gardien, lequel en gardera un, et rendra l'autre au voiturier, après avoir mis au pied d'icelui un reçu desdits effets.

» 11. Après le transport fait au magasin des marchandises sauvées, les officiers de l'amirauté procéderont à leur connaissance, description et vérification, par quantité, qualité, poids, mesure, marque et numéros, et ce, tant sur les procès verbaux faits au lieu de l'échouement, que sur les billets laissés au gardien,

et sur le contrôle qui en aura été dressé par ledit gardien ; après quoi, les salaires des ouvriers seront arrêtés sur le vu des états de leur travail, et des états quittancés dudit gardien.

» 12. Les procès-verbaux de reconnaissance des effets sauvés, seront faits en présence du maître, si aucun y a, sinon du plus apparent de l'équipage, ou lui dûment appelé, et signés de lui et du gardien, lequel s'en chargera au pied du procès-verbal ; et pourra, ledit maître, ou le plus apparent de l'équipage, assister à toutes autres opérations des officiers de l'amirauté.

» 13. S'il ne se présente point de réclamateur dans les trois mois après que les effets auront été sauvés, il sera procédé, par les officiers, à la vente de quelques marchandises des plus périssables, à l'effet de satisfaire au paiement des salaires des ouvriers, et seulement jusqu'à la concurrence de ce qu'il faudra de deniers pour payer lesdits salaires.

» 14. En cas que le navire ait été jugé, sur l'avis de trois constructeurs à ce commis, être hors d'état d'être rétabli, les officiers de l'amirauté pourront ordonner que la coque du dit navire sera vendue, même sans attendre le délai de trois mois porté par l'article précédent.

» 15. Laissons à la prudence desdits officiers de faire et ordonner, suivant l'exigence des cas, ce qui leur paraîtra nécessaire ou même utile pour la conservation du navire naufragé et échoué.

» 16. Dans tous les cas où le ministère des experts sera jugé nécessaire, ils seront nommés d'office par les officiers de l'amirauté ; et il sera par eux fait droit sur toutes les réquisitions que les parties intéressées auront pu faire avant ou après le rapport desdits experts.

» 17. Si, lors ou depuis l'échouement, les propriétaires ou les commissionnaires auxquels les marchandises auront été adressées par les connaissemens, se présentent pour y mettre ordre par eux-mêmes, les officiers de l'amirauté seront tenus de se retirer, et de leur laisser la liberté d'y pourvoir.

» 18. Et où il ne serait réclamé par lesdits propriétaires ou commissionnaires, qu'une partie des marchandises, les officiers de l'amirauté feront toujours travailler indirectement au sauvement de toutes les marchandises du vaisseau, sans que lesdits propriétaires ou commissionnaires puissent s'immiscer au sauvement des marchandises par eux réclamées, sauf à eux à en demander et faire prononcer la remise, et à pourvoir au transport d'icelles, lorsqu'elles auront été mises hors du vaisseau et sur les grèves.

» 19. Lesdits propriétaires, commissionnaires ou porteurs de connaissemens, ne seront tenus, audit cas, que de payer leur contingent des frais de sauvement, vacations et honoraires des officiers de l'amirauté, relatif au dit sauvement.

» 20. En cas que la réclamation n'ait été faite, ou que la remise des effets n'ait été ordonnée qu'après le transport des marchandises au magasin, les réclamateurs ne contribueront aux frais et vacations dûs avant leur réclamation, que par proportion à la valeur des marchandises réclamées, laquelle sera réglée par les officiers de l'amirauté, eu égard au total des marchandises sauvées ; et sera tenu chaque réclamateur de donner bonne et suffisante caution de parfournir auxdits frais, laquelle sera reçue par lesdits officiers en la forme ordinaire.

» 21. La remise des marchandises dont la réclamation aura été jugée valable, sera ordonnée par les officiers de l'amirauté, sur la requête du réclamateur et les conclusions de notre procureur audit siège ; et sur le vu de l'ordonnance, qui sera remise au gardien desdits effets pour sa décharge, il sera tenu d'en faire sur-le-champ la délivrance au réclamateur sans aucuns frais.

» 22. Les effets vendus seront pareillement livrés, sans frais, aux adjudicataires, sur la seule remise qui lui sera faite de l'extrait en forme du procès verbal de vente.

» 23. Les officiers des amirautés ne pourront assister à la délivrance et livraison des effets réclamés ou adjugés, ni dresser des procès-verbaux de recensement ou récollement d'iceux, si ce n'est seulement qu'ils en eussent été expressément requis par lesdits réclamateurs ou adjudicataires.

» 24. Si les effets et marchandises échoués ne sont point réclamés dans l'an et jour, les frais de justice ne pourront être prétendus avant l'expiration de ce délai ; mais ils seront prelevés sur les deniers de la vente qui sera faite desdites marchandises et effets par les officiers de l'amirauté, les officiers des classes, le trésorier des invalides, et le receveur de l'amiral, présens ou dûment appelés ; et le surplus du produit de ladite vente sera remis, moitié au receveur de l'amiral, moitié au trésorier des invalides.

» 25. Les officiers des classes, le trésorier des invalides, et le receveur des droits de l'amiral, prendront connaissance desdits effets sauvés : ils s'informeront exactement s'ils ont été réclamés dans l'an et jour, et si la déli-

vrance en a été faite au réclamateur ; à l'effet de quoi, les officiers de l'amirauté seront tenus de donner, sans frais, aux officiers des classes et au receveur de l'amiral, la communication des procès-verbaux, actes et jugemens rendus au sujet desdits réclamateurs

» 26. Seront tenus les officiers des classes d'envoyer au commencement de chaque année, au secrétaire d'état ayant le département de la marine, un état certifié d'eux, du produit desdits effets sauvés des échouemens, bris et Naufrages, qui n'auront pas été réclamés dans l'an et jour, lequel état sera aussi envoyé à l'amiral par le receveur de ses droits.

» 27. N'entendons néanmoins préjudicier aux droits des seigneurs bien et légitimement établis ; et voulons au surplus que le tit. 9 du liv. 4 de l'ordonnance du mois d'août 1681, soit exécuté, en tout ce qui ne sera pas contraire aux dispositions des présentes ».

IV. Pour revenir à l'ordonnance de 1681, il est défendu, par l'art. 5 du tit. 9 du liv. 4 de cette loi, aux particuliers employés au sauvement, et à tous autres, de porter dans leurs maisons ou ailleurs qu'aux lieux indiqués, aucun des effets naufragés, à peine de restitution du quadruple et de punition corporelle. Il est aussi défendu, sous les mêmes peines, de rompre les coffres, ouvrir les ballots, et couper les cordages ou mâtures sauvés du Naufrage.

Par l'art. 6, il est dit que, dans le cas de pillage des effets naufragés, les officiers de l'amirauté doivent procéder par voie d'information, et faire le procès aux coupables, à peine d'interdiction de leurs charges, et de répondre en leurs noms des pertes et dommages envers les intéressés.

L'art. 16 défend aux mêmes officiers de se rendre, directement ou indirectement, adjudicataires d'effets naufragés, à peine de restitution du quadruple et de privation de leurs charges.

Il est enjoint, par l'art. 19, à tous ceux qui tirent du fond de la mer, ou trouvent sur les flots, des effets provenant de jet, bris ou Naufrage, de les mettre en sûreté, et d'en faire, vingt-quatre heures au plus tard après leur arrivée, leur déclaration aux officiers de l'amirauté dans le district de laquelle ils auront abordé, à peine d'être punis comme receleurs.

L'art. 20 enjoint, sous les mêmes peines, à ceux qui trouvent sur les grèves et rivages de la mer, quelques effets échoués ou jetés par les flots, de faire une semblable déclaration dans un pareil temps, soit que les effets soient du crû de la mer, ou qu'ils procèdent de bris, naufrages et échouemens.

Ces décisions sont fondées sur ce que les effets dont il s'agit, peuvent être réclamés par les propriétaires dans le temps prescrit, et qu'à défaut de réclamation, ils sont dévolus au souverain à qui appartient le domaine de la mer, sauf le droit de celui qui les a sauvés ; mais celui-ci ne peut pas retenir le surplus sans se rendre coupable de vol, et ce n'est d'ailleurs que des mains de la justice qu'il peut recevoir sa part : on l'a ainsi réglé, tant pour prévenir les fraudes, que pour le maintien du bon ordre, qui ne permet pas qu'on se fasse justice soi-même et par voie de fait.

L'art. 26 porte que « les effets échoués ou » naufragés appartenant aux ennemis de l'É- » tat, sont confisqués au profit de l'État mê- » me ». *V.* ci après, n°. 10.

V. Il y a une sorte de Naufrage qui a paru mériter que le délai de la réclamation fût abrégé, et cela dans la vue d'exciter, soit les parties intéressées, soit, à leur défaut, les autres particuliers, à ne rien négliger pour relever et sauver les navires et les effets submergés. Ce cas se rencontre lorsqu'un Naufrage est arrivé *en pleine mer ou à la portée des côtes, sans qu'il en reste aucun vestige permanent sur la surface des eaux.* Voici ce qu'a prescrit à cet égard une déclaration du roi, du 15 juin 1735 :

« Art. 2. Ordonnons que, pour ce qui concerne les Naufrages qui sont arrivés et arriveront en pleine mer, ou à la portée des côtes, sans qu'il en reste aucun vestige permanent sur la surface des eaux, les propriétaires ou intéressés aux bâtimens et marchandises de leur chargement ainsi naufragés, ou leurs commissionnaires, seront tenus de faire, dans deux mois, à compter du jour de la nouvelle du Naufrage, leur déclaration au greffe de l'amirauté du ressort où ledit Naufrage sera arrivé, qu'ils entendent entreprendre le relèvement du fond de la mer, et le sauvement des bâtimens, marchandises et effets submergés, et d'y faire travailler dans le cours de six mois, à compter du jour de la première nouvelle du Naufrage, sinon, et à faute de ce faire dans ledit délai de six mois ci-dessus prescrit, lesdits propriétaires et intéressés demeurent déchus de tout droit de réclamation.

» 3. Voulons qu'après lesdits délais expirés, il soit loisible à ceux de nos sujets auxquels nous en accorderons la permission par des brevets qui seront expédiés par le secrétaire

d'état ayant le département de la marine, et enregistrés au greffe de l'amirauté du ressort, de faire construire les vaisseaux et machines qu'ils jugeront à propos, à l'effet d'entreprendre le relèvement et sauvement desdits bâtimens, marchandises et effets naufragés, lesquels bâtimens, marchandises et effets ainsi tirés du fond de la mer et sauvés, leur appartiendront en toute propriété, à l'exception toutefois d'un dixième pour nous, et de pareil dixième pour l'amiral, qui seront prélevés sur le total de ce qui sera sauvé, nous réservant néanmoins la liberté de gratifier lesdits entrepreneurs, de partie ou du total de notre dixième, selon les circonstances du sauvement, par des brevets qui seront pareillement expédiés par le secrétaire d'état ayant le département de la marine, et enregistrés au greffe de l'amirauté, sans aucune autre formalité.

» 4. Ordonnons qu'il sera établi sur les bâtimens destinés auxdites entreprises, un écrivain qui sera tenu de faire un inventaire exact et fidèle des choses qui seront sauvées et tirées du fond de la mer, lequel inventaire sera signé, tant par le capitaine ou maitre et autres principaux officiers, que par ledit écrivain, dont sera remis un double au greffe de l'amirauté, pour, sur ledit inventaire, ainsi que sur les rapports et vérifications qui seront faits au retour, être procédé par les officiers de l'amirauté à la vente et aux liquidations desdits effets, en la forme prescrite par les ordonnances de 1681 et 1684.

» 5. Voulons qu'en cas de contestation entre les propriétaires et intéressés, tant aux bâtimens et machines destinés auxdites entreprises, que sur le partage du produit des effets tirés du fond de la mer et sauvés, ensemble sur la liquidation d'iceux, circonstances et dépendances, elles soient jugées par les officiers de l'amirauté dans le ressort de laquelle l'armement aura été fait, et que les sentences qui seront par eux rendues soient exécutées par provision, nonobstant les appellations qui en pourront être interjetées, et que les appelans seront tenus de mettre en état d'être jugées dans l'année; sinon, et à faute de ce faire dans ledit temps et icelui passé, lesdites sentences sortiront leur plein et entier effet ».

VI. L'art. 30 du tit. 9 du liv. 4 de l'ordonnance de 1681 défend aux seigneurs particuliers et aux officiers de guerre ou de justice, de prendre aucune connaissance des bris et échouemens, et de s'en attribuer aucun droit à cause de leurs terres, offices ou commissions, et d'y troubler les officiers de l'amirauté, à peine de privation de leurs fiefs, offices et emplois; et à tous soldats et cavaliers de courir aux Naufrages, à peine de la vie.

Les gouverneurs des places et les commandans des garnisons des villes et lieux maritimes, sont néanmoins tenus de donner main-forte, lorsqu'ils en sont requis, aux officiers de l'amirauté et aux intéressés dans les Naufrages, et d'envoyer pour cet effet des officiers et des soldats, dont ces gouverneurs et commandans sont obligés de répondre. C'est ce qui résulte de l'art. 31. (M. Guyot.) *

[[VII. Les lois nouvelles ont dérogé, en plusieurs points importans, aux différentes règles que l'on vient de retracer.

1°. Les seigneuries et les droits qui en dépendaient, étant abolis par les lois des 4 août 1789, 15-28 mars 1790, 13-20 avril 1791, 25 août 1792 et 17 juillet 1793, les ci-devant seigneurs ne peuvent plus exercer les droits que leur réservait l'art. 26 de la déclaration du 10 janvier 1770.

2°. On a vu à l'article *Juge de paix*, §. 21, n°. 3, de quelle manière la loi du 9 août 1791 répartit entre les juges de paix et les tribunaux de commerce, les fonctions qui, en fait de Naufrages, étaient ci-devant attribuées aux amirautés supprimées par la loi du 7-12 septembre 1790.

Mais il est à remarquer que les juges de paix n'ont plus de fonctions à remplir en cette matière que pour la poursuite des crimes et délits, poursuite dans laquelle ils ont pour concurrens les autres officiers de police judiciaire; c'est ce qui résulte de l'arrêté du gouvernement du 17 floréal an 9, lequel est ainsi conçu:

« Art. 1er. A défaut des armateurs, propriétaires, subrécargues ou correspondans, l'officier en chef d'administration de la marine, et, en son absence, celui qui le remplace dans l'ordre du service, sera chargé du sauvetage et de tout ce qui concerne les Naufrages, quelle que soit la qualité du navire. Il sera également chargé de la vente des prises, ainsi que l'était le juge de paix, dont il remplit toutes les fonctions à cet égard. Les dispositions précédentes seront également appliquées aux navires étrangers, à moins que les traités ou conventions ne contiennent des dispositions contraires.

» 2. Si un navire fait Naufrage à quelque distance que ce soit du port dont il dépend, c'est à l'officier d'administration de ce port que doivent être adressés les premiers avis; et jusqu'à son arrivée, les syndics des gens de mer donneront les premiers ordres, et

requerront, en cas de besoin, l'assistance des autorités locales, soit pour pourvoir au sauvetage, soit pour en empêcher le pillage.

» 3. Le produit de toutes les ventes provisoires, soit qu'il s'agisse de prises, soit que les effets proviennent de bâtimens naufragés, sera déposé à la caisse des invalides de la marine, sauf réclamation par qui il appartiendra, en se conformant à l'art. 15 de l'arrêté du 6 germinal an 8, portant création du conseil des prises, et à l'art. 4 de l'arrêté du 27 nivôse, relatif au mode d'exécution de la loi du 13 mai 1791, sur la caisse des prises (1).

» 7. Il est accordé aux trésoriers des invalides quinze centimes par cent francs pour toute indemnité des frais du travail et de la responsabilité que nécessite le dépôt dans leurs caisses. des sommes provenant des ventes des prises ou des Naufrages; mais ce droit ne sera perçu par eux que lors de la remise des fonds à qui de droit.

» 8. Les chanceliers et autres dépositaires, en pays étranger, du produit des ventes des prises, bris ou Naufrages, jouiront de la même indemnité ».

3°. Les peines afflictives que prononcent les divers articles de l'ordonnance de 1681, rappelés ci-dessus, sont abrogées par le dernier article du Code penal, du 25 septembre 1791, et remplacées par les peines auxquelles le même Code et les autres lois pénales actuellement en vigueur soumettent les crimes ou délits qui en sont l'objet.

C'est ce que fait clairement entendre l'art. 6 de l'arrêté du directoire exécutif, du 27 thermidor an 7, qu'il est à propos de transcrire ici en entier, parcequ'il contient, sur le sauvetage des navires naufragés, un réglement qui, bien que modifié, quant à la forme, par celui du 17 floréal an 9, ne laisse pas d'être obligatoire au fond :

« Art 1. Tout individu qui sera témoin du Naufrage ou de l'échouement d'un navire sur les côtes, en informera sur-le-champ le commissaire du directoire ou l'agent municipal le plus voisin des lieux...... Ceux qui auront negligé ou refusé de remplir ce devoir, seront, en cas de pillage des objets naufragés, examinés par l'officier de police judiciaire compétent, afin de s'assurer s'ils ne sont pas complices du delit, suivant l'art. 56 du Code des délits et des peines.

» 2. Le fonctionnaire public averti de l'événement par cette voie ou par toute autre, en donnera sur-le-champ connaissance au juge de paix, à l'administration municipale, à l'agent maritime, et autres autorites civiles et militaires.

» 3. Le juge de paix, l'officier municipal, le syndic des gens de mer, ainsi que l'administration de la marine, étant rendus sur les lieux, celui d'entre eux qui est chargé par l'art. 4 de la loi du 9-13 août 1791, de donner les ordres, formera, s'il le juge nécessaire, une garde composée des citoyens présens; et en cas d'insuffisance ou de désobéissance, il sera appelé une force publique des environs. Devront alors les commandans militaires déférer à toute réquisition à cet égard, sous leur responsabilité.

» 4. Il sera enjoint par les autorités constituées, à tout individu, de se retirer du lieu de l'échouement, et de ne s'immiscer en aucune manière dans les opérations du sauvetage, à moins qu'il n'y soit expressément autorisé.

» 5. Conformément aux dispositions du tit. 5 du liv. 1 du Code des delits et des peines (1), le juge de paix dressera des procès-verbaux de tous les delits qui se commettraient. Les coupables seront arrêtés sur-le-champ, livres ensuite aux tribunaux, pour y être jugés suivant la rigueur des lois.

» 6. Dans le cas d'enlèvement furtif des objets naufragés, le juge de paix du lieu du delit, ou le fonctionnaire public qui le suppléera, en cas d'absence, prendra sur-le-champ les renseignemens nécessaires, entendra les témoins qui lui seront indiqués, et fera des visites domiciliaires chez les personnes prévenues d'avoir soustrait ou recélé des objets, en conformité de l'art. 108 du Code des délits et des peines.

» 7. Si le pillage des effets naufragés se fait à force ouverte par attroupement, la commune du lieu du délit en sera civilement responsable, aux termes de la loi du 10 vendemiaire de l'an 4, sur la police intérieure des communes. En conséquence, les procès-verbaux dressés par les agens municipaux, et tous les autres renseignemens recueillis, seront transmis au commissaire du pouvoir exécutif près le tribunal civil du département, qui provoquera l'application des condamuations prononcées par cette loi, indépendamment des poursuites criminelles ordinaires, suivant l'art. 39 de la

(1) [[*V.* l'article *Prises maritimes*.

Cette disposition est-elle applicable aux effets échoués ou naufragés qui appartiennent aux ennemis de l'État ? *V.* ci-après, n°. 10.]]

(1) Remplacées aujourd'hui par celles des chap. 4, 5 et 6 du liv. 1 du Code d'instruction criminelle de 1808.

seconde section du tit. 1 de la seconde partie du Code pénal (1).

V. l'article *Procès-verbal*, §. 1.

VIII. Le tit. 7 de la loi du 22 août 1791, relative aux douanes, contient, *sur les marchandises sauvées des Naufrages*, les dispositions suivantes :

« Art. 1. Les préposés de la régie (des douanes) se transporteront sans délai sur les lieux où seront survenus les Naufrages, et en préviendront en même temps les officiers chargés d'y pourvoir ; les marchandises qui en seront sauvées, seront mises en dépôt ; et s'il s'agit de marchandises étrangères, les préposés de la régie les garderont de concert avec ceux qui seront commis à cet effet par lesdits officiers.

» 2. Après la décharge totale du bâtiment naufragé, et le dépôt provisoire des marchandises sauvées dans le lieu le plus prochain du Naufrage, s'il est établi un nouveau magasin, lesdites marchandises devront y être conduites par les préposés de la régie. Il leur sera donné une clef du nouveau magasin, ils assisteront aux procès-verbaux de reconnaissance et de description des effets sauvés ; et ils signeront ces actes, qui seront rédigés par les officiers compétens, et dont il leur sera délivré des expéditions qui seront taxées avec les frais du sauvetage.

» 3. Si tout ou partie des marchandises est dans le cas d'être bénéficié avant ou pendant le séjour dans le dépôt provisoire, ou dans le second magasin, le bénéficiement ne pourra avoir lieu qu'en présence des préposés de la régie, qui seront tenus d'y assister à la première réquisition qui leur en sera faite, à peine de demeurer responsables des événemens : après le bénéficiement, les marchandises seront établies dans lesdits magasins.

» 4. Lorsque les marchandises devront être vendues, celui qui sera chargé d'en poursuivre la vente, fera signifier aux préposés de la régie, au plus prochain bureau du lieu du Naufrage, le jour de cette vente, avec fixation d'un délai suffisant pour qu'ils puissent y assister ; le tout à peine, par ledit officier, d'être responsable des droits sur la totalité des marchandises portées au procès-verbal de reconnaissance et description. Les préposés de la régie seront présens à ladite vente ; ils veilleront à ce que les adjudicataires des marchandises observent les formalités prescrites par le tit. 2 du présent décret, pour les déclarations, visites et acquits des droits.

» 5. Seront communes aux marchandises naufragées, les dispositions de l'art. 25 du tit. 2, qui règlent le paiement des droits sur les marchandises avariées.

» 6. Les marchandises prohibées à l'entrée, ne seront vendues, ou remises à ceux qui les auront réclamées, qu'à la charge du renvoi à l'étranger ; elles seront transportées, sous la conduite des préposés de la régie, et aux frais du réclamateur ou de l'adjudicataire, au port le plus voisin où elles seront mises en entrepôt sous la clef des préposés à la perception au bureau dudit port, jusqu'à l'exportation. Ladite exportation ne pourra être différée au-delà du délai de trois mois, à compter du jour de la remise qui aura été faite des marchandises aux propriétaires ou adjudicataires, à peine de confiscation desdites marchandises. Il est défendu aux juges d'en faire la remise pure et simple auxdits propriétaires ou adjudicataires, à peine de condamnation qui serait contre eux prononcée, de la valeur desdites marchandises et de l'amende de cinq cents livres. Dans le cas néanmoins où les marchandises prohibées, sauvées du Naufrage, seraient tellement avariées qu'elles ne pourraient pas être exportées sans le risque d'une perte totale, les propriétaires ou adjudicataires desdites marchandises auraient la faculté de les faire vendre publiquement, à la charge de payer après la vente, entre les mains desdits préposés à la perception, le droit de quinze pour cent sur le produit de ladite vente, pour le montant de ce droit être remis au receveur le plus prochain des invalides de la marine (1).

» 7. Ceux qui seront trouvés par les préposés de la régie, saisis de marchandises naufragées, enlevées sans être porteurs d'une

(1) Remplacé aujourd'hui par l'art. 440 du Code pénal de 1810.

(1) Il est dérogé à ces dispositions par la loi du 1er mars 1793 : « les objets et marchandises (porte-t-elle), » dont l'introduction est prohibée, tant par le présent » décret que par les lois antérieures, qui proviendraient de l'échouement de quelques navires sur les » côtes de la France, pourront être introduits dans » le territoire de la république, en payant, savoir, les » objets précédemment prohibés, et ceux compris dans » l'art. 2 ci-dessus (*certaines marchandises anglai-* » *ses*), vingt pour cent de leur valeur, et ceux énoncés en l'art. 2, une moitié en sus des droits fixés par » le tarif ».

Mais cette loi est elle-même abrogée, en ce qui concerne les marchandises de fabrique anglaise, par l'art. 4 de celle du 10 brumaire an 5 : « Les marchan- » dises de fabrique anglaise qui se trouveront dans » un bâtiment pris sur l'ennemi, ou naufragé, ou » échoué..., seront assujéties à l'entrepôt et à la réex- » portation, et ne pourront être vendues que sous ces » conditions ».

permission, seront par eux arrêtés et conduits à la maison d'arrestation, et lesdits préposés remettront, dans le jour, leur procès-verbal au juge de paix le plus prochain, sans que les frais, en aucun cas, puissent être à la charge de la régie; et seront lesdites marchandises mises dans un dépôt ou magasin, pour être statué sur la propriété de ceux qui les réclameront, et en être usé comme pour le surplus du chargement ».

IX. On voit par ces dispositions, que les marchandises provenant des bris et Naufrages, sont soumises à la législation des douanes, comme si elles étaient importées librement en France; et c'est en effet ce que décide textuellement un avis du conseil d'état du 8 juillet 1806, approuvé le 18 du même mois:

« Le conseil d'état (y est-il dit), sur le renvoi qui lui a été fait par Sa Majesté, d'un rapport du ministre de la marine, qui propose de décider si les marchandises provenant de bris et Naufrages, doivent être assujéties aux mêmes droits et aux mêmes prohibitions que les marchandises importées librement en France sur des bâtimens français et sur des navires étrangers;

» Considérant qu'il n'y a jamais eu d'exception pour les marchandises provenant d'échouemens et Naufrages; que, dans tous les temps, elles ont été assujéties au paiement des droits d'entrée, si elles sont de la nature de celles permises, ou soumises à la réexportation, si elles sont prohibées; qu'une exception qui n'est fondée sur aucun motif réel, donnerait lieu aux plus grands abus, puisqu'il suffirait qu'un bâtiment chargé de marchandises étrangères, échouât sur nos côtes, pour soustraire aux droits celles qui y sont assujéties, et mettre dans la circulation celles qui seraient prohibées; que le résultat d'une telle innovation serait aussi contraire aux intérêts du trésor public qu'à ceux de l'industrie nationale; enfin, que les marchandises provenant d'échouemens ou de naufrages, peuvent être vendues, avec la faculté de la réexportation, et qu'alors elles ne paient aucun droit;

» Est d'avis qu'elles doivent continuer à être soumises à la législation des douanes, comme toutes les autres marchandises étrangères ».

X. Est-ce à la caisse des invalides de la marine, ou au trésor public que doivent être adjugés les effets échoués ou naufragés qui appartiennent aux ennemis de l'état?

Les préposés des douanes à la résidence de Nordwich-op-Zee, ayant aperçu, le 27 décembre 1810, un bâtiment louvoyant à deux lieues au large, et manœuvrant de manière à venir s'échouer sur la côte, se rendirent aussitot au lieu vers lequel ce bâtiment semblait se diriger, et ne tardèrent pas à le voir s'échouer, en effet, à un quart de lieue de leur poste. Rendus à bord du bâtiment, ces préposés apprirent, par les déclarations mêmes du capitaine, qu'il venait de Londres avec un chargement de cent soixante-six sacs de cassonade, six barils de sucre et quarante-cinq ballots de percale. Ils déclarèrent en conséquence la saisie du navire, et citèrent le capitaine à comparaître devant le conseil des prises, pour y voir prononcer la confiscation des objets saisis. Le conseil des prises, jugeant qu'ils s'agissait d'un échouement ordinaire, et que par conséquent l'instruction de l'affaire était de la compétence de l'administration maritime, rendit, le 29 mai suivant, une décision portant confiscation du navire et de sa cargaison au profit de la caisse des invalides de la marine.

La régie des douanes s'est pourvue au conseil d'état contre cette décision.

« Très-conforme aux principes, quant à la confiscation (a-t-elle dit), cette décision doit être réformée en ce que l'affaire sur laquelle elle statue, présente moins un fait d'échouement ordinaire, dans le cas de ceux qui sont prévus par l'arrêté des Consuls du 17 floréal an 9, relatif au sauvetage des bâtimens Naufragés, qu'une contravention aux lois sur le blocus (1) et aux lois prohibitives de l'introduction des marchandises anglaises.

» S'il fallait, en effet, considérer comme résultant de véritables échouemens, toutes les captures faites par les préposés des douanes sur les côtes de la Hollande, il en est peu de celles qui ont eu lieu, qui ne se trouvassent dans ce cas; car c'est une manœuvre de tout temps pratiquée par les bâtimens fraudeurs, de se mettre ainsi sur le rivage dans des lieux isolés, et d'y échouer volontairement, pour consommer une fraude essentiellement nuisible aux intérêts de l'État, et qui ne peut être combattue avec succès qu'autant que les préposés chargés de la surveillance de ces côtes, et continuellement exposés à éprouver ou des difficultés graves, ou des privations pénibles dans leur service, sont intéressés, en quelque manière, à la répression des délits. Tel est, ce semble, l'esprit de l'art. 26 du tit. 9 de l'ordonnance de 1681, qui porte: *Les effets échoués ou naufragés appartenans aux ennemis de l'État, sont confisqués au profit du Roi*. Tel

(1) *V.* l'article *Prises maritimes*, §. 8, art. 3, n°. 7.

est aussi l'esprit des arrêts du conseil, des 10 mars 1691, et 3 janvier 1693, intervenus sur la même matière. En conformité de ces arrêts, l'amiral de France a toujours adjugé au roi la confiscation des effets appartenant aux ennemis de l'État, avec défense aux officiers de l'amirauté de juger autrement.

» Au surplus, il ne paraît point inutile d'ajouter que, dernièrement encore (le 7 mars 1811) et dans un cas semblable, puisqu'il s'agissait d'un navire échoué sur l'île d'Ameland, île qui, comme on sait, est très-voisine de Nordwich-op-Zee, une décision de Sa Majesté, intervenue sur le rapport du ministre des finances, a prononcé la confiscation, au profit de l'État, des objets qui composaient la cargaison de ce navire ».

Sur ces raisons, décret du 30 novembre 1811, ainsi conçu :

« Sur le rapport de notre commission du contentieux, vu la requête de l'administration générale des douanes, tendant à faire adjuger, au profit de l'État, le produit de la saisie faite par les douaniers de la résidence de Norwich-op-Zee, du navire sous pavillon papenbourgeois, *la jeune Annette*, et de sa cargaison ;

» Vu la décision du conseil des prises, du 29 mai 1811, qui adjuge au profit de la caisse des invalides de la marine, le produit de la vente du navire et de sa cargaison, attendu que le produit des échouemens lui appartient de droit ;

» Considérant que, dans l'espèce présente, l'échouement du navire *la jeune Annette* ne peut être considéré comme un événement fortuit, ni comme un malheur indépendant de la volonté de l'équipage, puisqu'il résulte des pièces produites par l'administration des douanes, depuis la décision du conseil des prises, que c'est à dessein que le navire a été échoué, et que c'est une manœuvre généralement pratiquée dans ces parages pour introduire plus facilement sur le continent les marchandises prohibées ; que par conséquent le produit de la saisie ne peut entrer dans la caisse des invalides, à laquelle la loi n'accorde que le produit des échouemens fortuits ;

» Notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

» Art. 1er. La décision du conseil des prises, en date du 29 mai 1811, qui adjuge au profit de la caisse des invalides de la marine le produit de la vente du navire *la jeune Annette* et de sa cargaison, est annulée.

» 2. Le produit de la saisie dudit navire et de sa cargaison est adjugé au profit de l'État ».]]

NAVIGATION. Voyage sur mer ou sur les grandes rivieres.

[[Section I. *De la Navigation maritime.*

La Navigation maritime a pour objet, ou le service de l'état, ou la course sur les propriétés ennemies, ou le commerce.

§. I. *De la Navigation maritime pour le service de l'État.*

V. l'article *Marine* et les autres mots auxquels cet article renvoie.

§. II. *De la Navigation pour la course sur les propriétés ennemies.*

V. les articles *Conseil des prises*, *Lettres de marque*, et *Prises maritimes*.

§. III. *De la Navigation pour le commerce.*

Les articles *Capitaine*, *Matelot*, *Inscription maritime*, *Lamaneur*, *Cabotage*, *Congé*, *Enregistrement*, *Police d'assurance*, *Navire*, *Jet de marchandises*, *Délaissement*, *Grosse (prêt à la)*, *Fret*, *Interdiction de commerce*, *Arrêt de prince*, *Manifeste*, *Douanes*, contiennent la plupart des règles qui sont relatives à ce genre de Navigation.

Mais il en est quelques-unes qui appartiennent spécialement à cet article : ce sont celles qui constituent *l'Acte de Navigation* de la France. Elles sont établies, en ces termes, par la loi du 21 septembre 1793 :

« Art. 1. Les traités de Navigation et de commerce existans entre la France et les puissances avec lesquelles elle est en paix, seront exécutés selon leur forme et teneur, sans qu'il y soit apporté aucun changement par le présent décret.

» 2. Après le premier janvier 1794, aucun bâtiment ne sera réputé français, et n'aura droit aux privilèges des bâtimens français, s'il n'a pas été construit en France ou dans les colonies et autres possessions de France, ou déclaré de bonne prise faite sur l'ennemi, ou confisqué pour contravention aux lois de la république, s'il n'appartient pas entièrement à des Français, et si les officiers et les trois-quarts de l'équipage ne sont pas Français.

» 3. Aucunes denrées, productions ou marchandises étrangères ne pourront être importées en France, dans les colonies et possessions de France, que *directement* par des bâtimens français, ou appartenans aux habitans du pays des crû, produit ou manufacture, ou dans des ports ordinaires de vente et première exportation, les officiers et trois-quarts des

équipages étrangers étant du pays dont le bâtiment porte le pavillon : le tout, sous peine de confiscation des bâtimens et cargaison, et de trois mille livres d'amende, solidairement et par corps, contre les propriétaires, consignataires et agens des bâtimens et cargaisons, capitaines et lieutenans.

» 4. Les bâtimens étrangers ne pourront transporter, d'un port français à un autre port français, aucunes denrées, productions ou marchandises des crû, produit ou manufactures de France, colonies ou possessions de France, sous les peines portées par l'art. 3.

» 5. Le tarif des douanes nationales sera fait et combiné avec l'acte de Navigation et le décret qui abolit les douanes entre la France et les colonies.

» 6. Le présent décret sera, sans délai, proclamé solennellement dans tous les ports et villes de commerce de la république, et notifié par le ministre des affaires étrangères, aux puissances avec lesquelles la nation française est en paix ».

Pour assurer l'exécution de cette loi, les mesures suivantes ont été prises par une autre loi du même jour :

« Art. 1. Les congés des bâtimens sous pavillon français, seront, dans trois jours, à compter de celui de la publication du présent décret, pour ceux qui seront dans les ports, et dans huit jours de l'arrivée de ceux qui entreront, rapportés et déposés au bureau des douanes nationales, avec les titres de propriété. Tout déchargement et départ des bâtimens sera différé jusqu'après la délivrance d'un acte de *francisation*.

» 2. Tout armateur, en présentant congé et titre de propriété du bâtiment, sera tenu de déclarer, en présence d'un juge de paix, et signer sur le registre des bâtimens français, qu'il est propriétaire du bâtiment; qu'aucun étranger n'y est intéressé directement ni indirectement; et que sa dernière cargaison d'arrivée des colonies ou comptoirs des Français, ou sa cargaison actuelle de sortie pour les colonies ou comptoirs des Français, n'est point un armement en commission ni propriété étrangère.

» 3. Si l'armateur ne réside pas dans le port où est le bâtiment, le consignataire et le capitaine donneront, conjointement, et solidairement, caution de rapporter, dans un délai convenable, les actes de propriété et la déclaration affirmée et signée par le vrai propriétaire des bâtimens et cargaisons.

» 4. Si la propriété du bâtiment, et même celle des cargaisons pour le commerce entre la France, ses colonies et comptoirs, n'est pas prouvée française par titre et par serment, les bâtiment et cargaisons seront saisis, confisqués, vendus, et moitié du produit donné à tout dénonciateur ».

Une troisième loi, du 27 vendémiaire an 2, modifie la première, et prescrit de nouvelles mesures pour son exécution. Voici comment elle est conçue :

« Art. 1. La laine non ouvrée d'Espagne ou d'Angleterre, la soie brute, les espèces d'or ou d'argent, la cochenille, l'indigo, les bijoux d'or ou d'argent, dont la matière vaut au moins trois fois le prix de la main-d'œuvre et accessoires, ne sont pas compris dans la prohibition d'importation indirecte décrétée par l'acte de Navigation.

» 2. En temps de guerre, les bâtimens français ou neutres peuvent importer indirectement d'un port neutre ou ennemi, des denrées ou marchandises du pays ennemi, s'il n'y a pas une prohibition générale ou partielle des denrées et marchandises du pays ennemi.

» 3. En temps de paix ou de guerre, les bâtimens français ou étrangers frétés pour le compte de la république, sont exceptés de l'acte de Navigation.

» 4. Les bâtimens au-dessous de trente tonneaux, et tous les bateaux, barques, allèges, canots et chaloupes, employés au petit cabotage, à la pêche sur la côte ou à la Navigation intérieure des rivières, seront marqués d'un numéro et des noms des propriétaires et des ports auquels ils appartiennent.

» 5. Les numéros et les noms des propriétaires et des ports seront insérés dans un congé que chacun de ces bâtimens sera tenu de prendre chaque année, sous peine de confiscation et de 100 livres d'amende.

» 6. Ceux des bâtimens qui seront pontés, payeront 3 livres pour chaque congé : il ne sera payé que 20 sous pour celui des bâtimens non pontés.

» 7. Un bâtiment étranger étant jeté sur les côtes de France ou possession française, et tellement endommagé que le propriétaire ou assureur ait préféré de le vendre, sera, en devenant entièrement propriété française, et après radoub ou réparation, dont le montant sera quadruple du prix de la vente du bâtiment, et étant monté par des Français, réputé bâtiment français.

» 8. Les bâtimens français ne pourront, sous peine d'être réputés bâtimens étrangers, être radoubés ou réparés en pays étranger, si le frais de radoub ou réparation excèdent 6 livres par tonneau, à moins que la nécessité de frais

plus considérables ne soit constatée par le rapport, signé et affirmé par le capitaine et les autres officiers du bâtiment, vérifié et approuvé par le consul ou autre officier de France, ou deux négocians français résidant en pays étranger, et déposé au bureau du port français où le bâtiment reviendra.

» 9. Les bâtimens de trente tonneaux et au-dessus auront un congé où seront la date et le numéro de l'acte de francisation, qui exprimera les noms, état, domicile du propriétaire, et son affirmation qu'il est seul propriétaire (ou conjointement avec des Français dont il indiquera les noms, état et domicile), le nom du bâtiment, du port auquel il appartient, le temps et le lieu où le bâtiment a été construit, ou condamné, ou adjugé; le nom du vérificateur, qui certifiera que le bâtiment est de construction......, qu'il a..... mâts....., ponts; que sa longueur, de l'éperon à l'étambot, est de.... pieds.... pouces; que sa plus grande largeur est de.... pieds..... pouces; que sa hauteur entre les ponts est de..... pieds..... pouces (s'il n'y a qu'un pont); que la profondeur de la cale est de.... pieds.... pouces; qu'il mesure.... tonneaux; qu'il est un brick, ou navire, ou bateau; qu'il a ou n'a pas de galerie ou de tête.

» 10. Ces congés et actes de francisation seront délivrés au bureau du port ou district auquel appartient le bâtiment.

» 11. Le propriétaire donnera une soumission et caution de vingt livres par tonneau, si le bâtiment est au-dessous de deux cents tonneaux; et de trente livres par tonneau, s'il est au-dessus de deux cents tonneaux : de quarante livres par tonneau, s'il est au-dessus de quatre cents tonneaux. Les congés ne seront bons que pour un voyage.

» 12. Aucun Français résidant en pays étranger, ne pourra être propriétaire en totalité ou en partie, d'un bâtiment français, s'il n'est pas associé d'une maison de commerce française, et s'il n'est pas prouvé par le certificat du consul de France, dans le pays étranger où il réside, qu'il n'a point prêté de serment de fidélité à cet État, et qu'il s'y est soumis à la juridiction consulaire de France.

» 13. Le serment à prêter par le propriétaire, avant la délivrance des congés et actes de francisation sera en cette forme : (*le nom, état, domicile*) jure et affirme que (*le nom du bâtiment, du port auquel appartient le bâtiment*) est une (*espèce, tonnage du bâtiment et description suivant le certificat du mesureur vérificateur*), a été construit à (*lieu de construction*) en (*année de construction, s'il a été pris ou confisqué, ou perdu sur les côtes; exprimer le lieu, le temps des jugemens et ventes*); que je suis seul propriétaire dudit bâtiment et conjointement (*nom, état, domicile des intéressés*), et qu'aucune autre personne quelconque n'y a droit, titre, intérêt, portion ou propriété; que je suis citoyen de France, soumis et fidèle à la constitution de France, ainsi que les associés ci-dessus (s'il y en a); qu'aucun étranger n'est directement ou indirectement intéressé dans le susdit bâtiment ».

» 14. Le préposé du bureau se transportera à bord du bâtiment, pour en vérifier la description et le tonnage, et en sera responsable.

» 15. Tous ceux qui prêteront leur nom à la francisation de bâtimens étrangers; qui concourront comme officiers publics, ou témoins, aux ventes simulées; tout préposé dans les bureaux, consignataire, agent des bâtiment et cargaison, capitaine et lieutenant du bâtiment, qui, connaissant la francisation frauduleuse, n'empêcheront pas la sortie du bâtiment, disposeront de la cargaison d'entrée ou en fourniront une de sortie, auront commandé ou commandent le bâtiment, seront condamnés solidairement et par corps, en 6,000 livres d'amende, déclarés incapables d'aucun emploi et de commander aucun bâtiment français. Le jugement de condamnation sera publié et affiché.

» 16. Le propriétaire ou les propriétaires se soumettront, par le cautionnement qu'ils seront tenus de donner, sous peine de confiscation du montant des sommes énoncées audit cautionnement, outre les autres condamnations prononcées par le présent décret, de ne point vendre, donner, prêter, ni autrement disposer des congés et actes de francisation, de n'en faire usage que pour le service du bâtiment pour lequel ils sont accordés, de rapporter l'acte de francisation au même bureau, si le même bâtiment est pris par l'ennemi, brûlé ou perdu de quelqu'autre manière, vendu en partie ou en totalité à un étranger, et ce dans un mois, si la perte ou vente de la totalité ou partie du bâtiment a eu lieu en France ou sur les côtes de France; et dans trois, six ou neuf mois, suivant la distance des autres lieux de perte ou de vente. Dans le même cas et les mêmes délais, les passes pour la Méditerranée seront remises au bureau.

» 17. Les ventes de partie du bâtiment seront inscrites au dos de l'acte de francisation, par le préposé du bureau, qui en tiendra registre, et auquel il sera payé six livres pour chaque tel endossement.

» 18 Toute vente de bâtiment ou de partie de bâtiment contiendra la copie de l'acte de

francisation, et sera faite pardevant un officier public, sans qu'il soit perçu plus de quinze sous pour droit d'enregistrement, quel que soit le prix de vente.

» 19. Les noms du bâtiment et du port auquel il appartient, seront marqués à sa poupe en lettres blanches de quatre pouces de hauteur, sur un fond noir. Défenses sont faites d'effacer, couvrir ou changer les noms du bâtiment ou du port, sous peine de 3,000 livres d'amende solidairement et par corps, contre les propriétaire, consignataire, agent ou capitaine.

» 20. Si l'acte de francisation est perdu, le propriétaire, en affirmant la sincérité de cette perte, en obtiendra un nouveau, en observant les mêmes formalités et à la charge des mêmes cautionnement, soumission, déclarations et droits, que pour l'obtention du premier.

» 21. Si, après la délivrance de l'acte de francisation, le bâtiment est changé dans sa forme, tonnage, ou de tout autre manière, on en obtiendra un nouveau: autrement, le bâtiment sera réputé bâtiment étranger.

» 22. Après la publication du present décret, aucun batiment français ne pourra partir du port ou district auquel il appartiendra, sans acte de francisation ou congé, conformément au present décret.

» 23. Le préposé du bureau laissera partir, avec un ancien congé, les bâtimens qui ne seront pas dans le port ou district auquel ils appartiennent, en exigeant une soumission et cautionnement du quart de la valeur du bâtiment, que ces actes seront pris au bureau où ils doivent l'être, dans un delai qui sera fixé suivant la distance du lieu ou la longueur du voyage proposé.

» 24. Le préposé du port où sera le bâtiment, transmettra, s'il en est requis, à celui du port du district auquel appartient le bâtiment, l'état de description, mesurage et tonnage du bâtiment par lui certifié. «

» 25. Sur cet état ainsi certifié, qui sera déposé au bureau du port ou district auquel appartient le bâtiment, le préposé de ce bureau recevra du propriétaire du bâtiment les cautionnement, déclaration, soumission, affirmation, ordonnés par le présent décret; et délivrera un acte de francisation sur l'exhibition duquel le préposé du bureau du port où sera le bâtiment, lui donnera un congé.

» 26. Il sera payé pour l'acte de francisation des bâtimens au dessous de cent tonneaux, 9 livres; de cent tonneaux et au-dessous de deux cents, 18 livres; de deux cents tonneaux et au-dessous de trois cents, 24 livres; et en sus 6 livres pour chaque cent de tonneaux au-dessus de trois cents. On paiera 6 livres pour chaque congé.

» 27. Une moitié du produit des confiscations et amendes prononcées par le présent décret, frais déduits, sera donnée aux dénonciateurs ou aux préposés dans les bureaux saisissans et poursuivans; l'autre moitié sera au profit de la république.

» 28. Les actes de francisation et congés seront, dans vingt-quatre heures de l'arrivée du bâtiment, deposés au bureau, et y resteront jusqu'au départ....

» 38. Le registre pour entrée et sortie des bâtimens contiendra la date d'arrivée ou départ, l'espèce, le nom du bâtiment, le nom du capitaine, le nombre des officiers ou matelots, la nation dont ils sont, le lieu d'arrivée ou destination, la date et le numéro du manifeste géneral des cargaisons, qui sera signé et deposé par les capitaines, dans les vingt-quatre heures de l'arrivée et avant le départ, distinctement et outre les déclarations à faire par les consignataires et parties intéressées à la cargaison, pour acquitter les droits.

» 39. Les actes de francisation seront extraits du registre où seront inscrites les déclarations de construction, mesurage, description et propriété, ordonnées par le présent décret ».

L'île de Corse était occupée par les Anglais aux époques où ces lois ont paru.

De là l'arrêté du directoire exécutif, du 5 fructidor an 6, qui porte:

« Art. 1er. Les dispositions de l'acte de Navigation du 21 septembre 1793 et de la loi du 27 vendémiaire an 2, y relative, seront provisoirement exécutées en Corse, aussitôt la publication du présent arrêté.

» 2. Les régisseurs des douanes sont chargés, en consequence, d'établir dans chacun des douze ports de la Corse, des préposés dont le nombre, la qualité ou le traitement seront arrêtés par un etat particulier, pour l'execution des formalites prescrites par ces lois, et la recette des droits en résultans ».

Un décret du 3 juillet 1811 avait ordonne que « l'acte de Navigation recevrait son exécution dans les departemens des Bouches-de-l'Elbe, des Bouches-du-Weser, de l'Ems-Supérieur et de la Lippe »; mais les événemens de 1814 l'ont rendu sans objet pour ces pays.

Section II. *De la Navigation intérieure.*

Indépendamment d'une foule de réglemens locaux, il existe, sur cette matière, des lois générales dont les principales dispositions se rapportent à trois objets:

La police de la Navigation sur les grandes rivières,

Les droits pécuniaires auxquels cette Navigation est soumise,

La contribution aux dépenses des travaux extraordinaires qui tendent à l'amélioration et à l'agrandissement des moyens de Navigation.

§. I. *Police de la Navigation intérieure.*

I. Le tit. 27 de l'ordonnance des eaux et forêts de 1669 pourvoit, par trois articles importans, à ce qu'il ne soit fait sur les grandes rivières aucune entreprise qui puisse gêner la Navigation. Les voici :

« Art. 42. Nul, soit propriétaire ou engagiste, ne pourra faire moulins, batardeaux, écluses, gords, pertuis, murs, plants d'arbres, amas de pierres, de terre et de fascines, ni autres édifices ou empêchemens nuisibles au cours de l'eau dans les fleuves et rivieres navigables et flottables, ni même y jeter des ordures, immondices, ou les amasser sur les quais et rivages, à peine d'amende arbitraire; enjoignons à toutes personnes de les oter dans trois mois du jour de la publication des présentes; et si aucuns se trouvent subsister après ce temps, voulons qu'ils soient incessamment ôtés et levés à la diligence de nos procureurs des maîtrises, aux frais et dépens de ceux qui les auront faits ou causés, sur peine de 500 livres d'amende, tant contre les particuliers, que contre le juge et notre procureur, qui auront négligé de le faire et de répondre en leurs prives noms des dommages et intérêts.

» 43. Ceux qui ont fait bâtir des moulins, écluses, vannes, gords et autres édifices dans l'étendue des fleuves et rivières navigables et flottables, sans en avoir obtenu la permission de nous ou de nos prédécesseurs, seront tenus de les démolir, sinon le seront à leurs frais et dépens.

» 44. Défendons à toutes personnes de détourner l'eau des rivieres navigables et flottables, ou d'en affaiblir et altérer le cours par tranchées, fossés et canaux, à peine, contre les contrevenans, d'être punis comme usurpateurs,et les choses réparées à leurs dépens ».

Les ci-devant maîtrises des eaux et forêts qui avaient, comme on le voit par le premier de ces articles, la connaissance exclusive des contraventions à la police des rivières navigables, sont aujourd'hui remplacées, en cette partie, par les conseils de préfecture. *V.* la loi du 29 floréal an 10.

Au surplus, les dispositions de l'ordonnance de 1669, que l'on vient de rappeler, ont été renouvelées par un arrêté du directoire exécutif du 19 ventôse an 6. *V.* l'article *Moulin*, §. 7, art. 4.

II. Le curage des rivières navigables est un des moyens qui contribuent le plus à la facilité de la Navigation; aussi les lois s'en sont elles occupées spécialement. *V.* l'article *Curage.*

III. C'est aussi à la police de la Navigation intérieure, qu'appartient l'obligation qui est imposée aux propriétaires des terrains adjacens aux rivières navigables, d'y laisser libre, le long de ces rivières, un espace suffisant pour fournir un chemin de halage. *V.* l'article *Halage* (*chemin de*).

IV. Un arrêté du directoire exécutif, du 18 ventôse an 5, « Considérant que le service des » chevaux employés habituellement au halage » et à la Navigation sur les rivières d'appro- » visionnement, est d'une nécessité indispen- » sable, et que les approvisionnemens des » grandes communes, pourraient être com- » promis, si ces chevaux en étaient divertis » par d'autres services »; porte que « les che- » vaux entretenus dans les dépots ou chez les » particuliers le long ou à portée des rivières » navigables, servant à l'approvisionnement » de Paris et autres grandes communes, et » employés habituellement aux travaux de » halage et de la Navigation sur les rivières, » sont et demeurent exclusivement en réqui- » sition pour ce service, sur les lieux de leur » établissement ».

V. Il s'était introduit, dans la Navigation de la Haisne, par le monopole qu'y exerçait la corporation des bateliers de Condé, département du Nord, des abus que le temps semblait avoir irrévocablement consacrés; le gouvernement les a fait cesser par un décret du 20 juin 1810, ainsi conçu :

« Art. 1er. A dater de la publication du présent décret, les transports de charbon de terre et de marchandises de toute espèce, sur la rivière de la Haisne, auront lieu en conséquence de conventions libres et conclues de gré à gré entre les chargeurs et bateliers, pour le fret ou prix desdits transports, comme sur toutes autres rivières, fleuves et canaux de l'Empire.

» 2. La corporation des bateliers de Condé est et demeure supprimée, et défenses lui sont faites d'avoir ni syndics, ni caisse commune.

» 3. En cas d'insuffisance des réglemens de police existans pour le passage des écluses ou la Navigation, d'après les articles ci-dessus, il y sera pourvu en notre Conseil, sur le rapport de notre ministre de l'intérieur ».

§. II. *Droits pécuniaires auxquels est assujétie la Navigation sur les grandes rivières.*

« Les travaux qu'exige la Navigation intérieure de la France (est-il dit dans une *instruction* publiée en 1804, par M. Français, conseiller d'état, directeur général de l'administration des droits réunis) languissaient depuis long-temps; les chemins et ports de halage étaient mal entretenus; le service des pertuis, des écluses et des barrages était sans activité; sur plusieurs rivières, la flottaison était devenue difficile, quelquefois même impraticable; le balisage était négligé; les canaux existans dépérissaient; ceux qui étaient commencés ne s'achevaient pas; le gouvernement, malgré les réclamations réitérées du commerce, ne pouvait en entreprendre de nouveaux.

» Un tel désordre, s'il se fût prolongé, aurait été funeste aux relations qui doivent exister entre les départemens. On en craignit avec raison les suites; et l'on sentit que le seul moyen de les prévenir était de créer un impot dont les produits fussent spécialement et limitativement consacrés aux dépenses de l'administration des ponts et chaussées.

» Aussi, en l'an 5, a-t-on établi un droit de Navigation sur les canaux du Midi, d'Orléans et du Loing, et sur celui du Centre (ci-devant Charolais): dès-lors, ces établissemens s'améliorèrent, les autres ne reçurent pas les mêmes secours; ils furent long-temps en souffrance.

» Le gouvernement actuel vit bien que ce n'était pas par des lois partielles, mais par un systéme complet, qu'il fallait affranchir simultanément les négocians, les marchands et les mariniers, des obtacles qu'ils éprouvaient, et l'administration des ponts et chaussées de l'incertitude qui ne cessait d'accompagner ses opérations. Il provoqua, en conséquence, une loi générale; c'est celle qui a été rendue le 30 floréal an 10, et qui ordonne la perception d'un droit de Navigation dans toute l'etendue de la république sur les fleuves et rivières navigables ».

Cette loi est ainsi conçue:

« Art. 1er. Il sera perçu dans toute l'étendue de la république, sur les fleuves et rivières navigables, un droit de Navigation intérieure, dont les produits seront spécialement et limitativement affectés au balisage, à l'entretien des chemins et ports de halage, à celui des pertuis, écluses, barrages et autres ouvrages d'art établis pour l'avantage de la Navigation.

» Ce droit sera aussi établi sur les canaux navigables qui n'y ont point encore été assujétis, et sur ceux dont la perception des anciennes taxes serait actuellement suspendue.

» 2. Les produits des droits formeront des masses distinctes; et l'emploi en sera fait limitativement sur chaque canal, fleuve et rivière sur lesquels la perception aura été faite.

» 3. Il sera arrêté par le gouvernement, dans la forme des réglemens d'administration publique, un tarif des droits de Navigation pour chaque fleuve, riviere ou canal, apres avoir consulté les principaux négocians, marchands et mariniers qui les fréquentent.

» A cet effet, les negocians, marchands ou mariniers seront appeles au nombre de douze pour chaque fleuve, rivière ou canal; ils seront réunis en conseil auprès du préfet qui sera désigné par le gouvernement: ils donneront leur avis sur la reformation ou le maintien des tarifs existans pour les fleuves, rivieres ou canaux où il y en a, et sur leur formation pour les fleuves, rivieres ou canaux où il n'y en a pas.

» 4. Les contestations qui pourront s'élever sur la perception des droits de Navigation, seront décidées administrativement par les conseils de préfectures ».

Pour l'exécution de cette loi, le gouvernement a pris, le 8 prairial an 11, un arrêté dont voici les termes:

« Art. 1er. La Navigation intérieure de la France sera divisée en bassins dont les limites seront déterminées par les montagnes ou coteaux qui versent les eaux dans le fleuve principal; et chaque bassin sera subdivisé en arrondissemens de Navigation.

» 2. Les portions de fleuves ou rivières faisant partie de départemens autres que celui dans lequel sera placé le chef-lieu d'arrondissemens de Navigation intérieure, seront mises dans les attributions administratives du prefet de ce chef-lieu; et ce, seulement en ce qui concerne les travaux à exécuter dans le lit et sur les bords de la riviere ou du fleuve; le surplus de l'administration continuera à être exercé par le préfet du territoire.

» 3. L'ingénieur du département où sera fixé le chef lieu d'arrondissement, exercera ses fonctions relativement aux travaux à faire sur toute l'étendue des fleuves et rivieres compris dans les attributions du préfet de son département.

» 4. L'octroi de Navigation sera régi, sauf les cas où, sur l'avis des prefets et sur le rapport du ministre, la mise en ferme ou régie intéressée aura été ordonnée par le gouvernement.

» 5. Les tarifs en vertu desquels devra se faire la perception, et les points sur lesquels les bureaux devront être fixés, seront déterminés par des arrêtés spéciaux pour chaque arrondissement.

» 6. La perception se fera au moyen d'un receveur et d'un controleur dans chaque bureau.

» 7. Les recettes de chaque bureau seront versées dans la caisse du receveur général des contributions du département où est placé le chef-lieu de l'arrondissement de Navigation. Il sera souscrit par ledit receveur général, des bons à vue représentatifs de ces versemens : et il en sera tenu, au trésor public, à Paris, un compte distinct par arrondissement de Navigation.

» 8. Les receveurs et contrôleurs des bureaux établis à la limite de plusieurs arrondissemens, feront simultanément le service de ces arrondissemens, sauf le versement du produit des recettes faites pour chaque arrondissement, qui sera effectué dans chacun des chefs-lieux.

» 9. Les traitemens des préposés à l'octroi de Navigation, et des receveurs généraux de département, consisteront en remises qui seront réglées par les arrêtés spéciaux dont il est parlé en l'art. 5, dans la proportion des recettes.

» 10. Les préposés à l'octroi de Navigation sont à la nomination du ministre de l'intérieur (1).

» 11. Les receveurs particuliers fourniront un cautionnement en immeubles, égal au quart du montant de la recette annuelle présumée.

» L'acte de cautionnement sera soumis à l'enregistrement, mais ne sera assujéti qu'au droit fixe d'un franc, conformément à la loi du 7 germinal an 8.

» 12. Il sera délivré, par le ministre, des commissions aux préposés de l'octroi de Navigation.

» Ces employés feront enregistrer leurs commissions au secrétariat de la préfecture de l'arrondissement de Navigation, et de celle où leurs bureaux sont établis.

» 13. Le receveur de chaque bureau tiendra un registre à talon, conforme au modèle qui sera déterminé par le ministre de l'interieur.

» Il sera coté et paraphé par le sous-préfet dans l'arrondissement duquel se trouve situé le bureau.

» 14. Il sera, dans chaque bureau de perception, délivré aux conducteurs de bateaux, trains, etc., une quittance du montant du droit d'octroi par eux acquitté, et un laissez-passer.

» Les conducteurs sont tenus, lorsqu'ils en seront requis, de justifier de leurs quittances et laissez-passer aux receveurs des bureaux qui suivront celui où ils auront acquitté le droit, ainsi qu'à tous autres préposés de l'octroi de Navigation ; et si leur destination est pour Paris, aux bureaux de l'octroi municipal de cette ville.

» 15. Les contestations relatives au paiement de l'octroi, seront, conformément à la loi du 30 floréal an 10, portées devant le sous-préfet dans l'arrondissement duquel le bureau de perception sera situé, sauf le recours au préfet, qui prononcera en conseil de préfecture.

» 16. Le receveur particulier adressera, tous les mois, au préfet de l'arrondissement de Navigation, une feuille contenant l'état des recettes.

» Le contrôleur arrêtera tous les jours le registre du receveur : il tiendra un registre particulier des recettes qu'il aura vérifiées, et adressera également tous les mois, au préfet une feuille constatant la situation du controle.

» 17. Le receveur général, chargé de recevoir les versemens des préposés d'un arrondissement de Navigation, adressera chaque mois au conseiller d'etat, chargé des ponts et chaussées, ainsi qu'au préfet de l'arrondissement, un état de situation desdites recettes et des bons à vue adressés au trésor public pour leur montant.

» Il rendra son compte annuel. Dans les arrondissemens où il y aura une chambre de commerce, le compte lui en sera soumis à la diligence du préfet, pour être par elle discuté et arrêté.

» Dans les arrondissemens, il sera présenté à la plus prochaine assemblée du conseil général du departement du chef-lieu d' rrondissement de Navigation, pour être également discuté et arrêté.

» Le double de ce compte sera transmis au ministre de l'interieur.

» 18. Chaque année, dans le courant de vendemiaire, l'ingénieur en chef de l'arrondissement rédigera les projets de dépenses à exécuter dans l'année, et les remettra au préfet.

(1) Aujourd'hui, ils sont nommés par le directeur-général de l'administration des contributions indirectes : cela résulte de l'art. 1 de l'arrêté du gouvernement du 5 germinal an 12, lequel porte que « le directeur général..... fera faire la recette.... des droits de » Navigation intérieure et des droits et revenus de » bacs, bâteaux et canaux ».

» Le prefet, dans les départemens où il y aura des chambres de commerce, consultera sur ces projets trois de leurs membres, auxquels il adjoindra deux citoyens pris parmi les principaux maîtres mariniers fréquentant la rivière.

» Dans les arrondissemens, le préfet consultera seulement cinq citoyens pris à son choix parmi les principaux commerçans et mariniers.

» Il les réunira, à cet effet, avec l'ingénieur en chef; et après avoir recueilli leurs observations, il arrêtera lesdits projets, qui seront soumis au ministre de l'intérieur.

» 19. Les travaux de Navigation seront adjugés dans les formes établies pour l'administration des ponts et chaussées.

» 20. Les dépenses seront acquittées par le préposé du payeur général des dépenses diverses, sur les certificats de l'ingénieur en chef, et sur les mandats du préfet de l'arrondissement de Navigation.

» 21. A cet effet, il sera mis chaque mois à la disposition du ministre de l'intérieur, sous le dénomination du produit du droit de Navigation, une somme égale au montant dudit produit versé en bons à vue à la caisse centrale du trésor public. Le ministre de l'intérieur délivrera ses ordonnances sur ledit fonds, pour le répartir conformément aux dispositions de l'art. 2 de la loi du 30 floréal an 10 (1).

» 22. Les receveurs ne pourront, sous peine de destitution, traiter ou transiger sur la quotité du droit : il leur est defendu d'en recevoir d'autres que ceux portés aux tarifs, sous peine d'être destitués, et poursuivis comme concussionnaires.

» 23. Il est defendu à tous conducteurs de bateaux, trains, etc., de passer les bureaux sans payer, à peine de 50 francs d'amende.

» 24. En cas d'insultes ou de violences, l'amende sera de 100 francs, indépendamment des dommages et intérêts, et de peines plus graves si le cas y échet; et ce, conformément aux dispositions du tit. 2 de la loi du 2 nivôse an 6, sur la taxe d'entretien des routes.

» 25. Les autorités civiles et militaires seront tenues, sur la réquisition écrite des préposés aux droits de Navigation, de requérir et de prêter main-forte pour l'exécution des lois et réglemens relatifs à leurs fonctions. Les commissaires du gouvernement feront poursuivre, même d'office, devant les tribunaux, les auteurs d'insultes ou violences qui pourraient être commises, et ce tant sur la clameur publique que sur les procès-verbaux dressés et affirmés par les préposés de l'octroi.

» 26. Tout procès-verbal devra être affirmé devant le juge de paix du canton ou son assesseur, dans les trois jours, sous peine de nullité, conformément à l'art. 17 de la loi sur la taxe d'entretien des routes, du 14 brumaire an 7.

» 27. Il sera placé sur le port, en face de chaque bureau de perception, un poteau et une plaque sur laquelle sera inscrit le tarif.

» 28. Défenses sont faites à tous maîtres de ponts ou de pertuis de monter ou descendre aucun bateau avant de s'être fait représenter la quittance des droits de Navigation; et ce, à peine d'être contraints personnellement au remboursement de ces droits, par les voies prescrites pour le paiement des contributions.

» 29. Aucun particulier ne pourra percevoir aux pertuis, vannes et écluses dans les rivières navigables des divers bassins, aucun droit, de quelque nature qu'il soit, le tout conformément aux art. 13 et 14 du tit. 2 de la loi du 13-28 mars 1790, et aux art. 7 et 8 de la loi du 25 août 1792.

» 30. Le service des pertuis, vannes et écluses, s'exécutera par des individus à ce commis, et dont le salaire sera pris sur les produits de l'octroi de Navigation.

» Les préfets d'arrondissemens de Navigation feront préalablement constater la situation desdits pertuis, vannes ou écluses, par les ingénieurs en chef, lesquels en dresseront procès-verbal en présence des détenteurs actuels, ou eux dûment appelés ».

A ce réglement général en ont succédé de particuliers pour chaque bassin de Navigation.

Tels sont :

L'arrêté du 1er messidor an 11, qui divise le bassin de la Seine en neuf arrondissemens;

---

(1) Le décret du 4e. jour complétaire an 13, explique ainsi cette disposition et quelques-unes des précédentes :

« Art. 1. En exécution de l'art. 2 de la loi du 30 floréal an 10, portant établissement du droit de Navigation intérieure, *les produits des droits perçus dans chaque bassin, seront employés en profit des canaux, fleuves et rivières compris dans les arrondissemens de ce bassin, d'après la répartition qui en sera faite par notre ministre de l'intérieur pour chaque département.*

» 2. Ces produits seront versés au trésor public, comme fonds spéciaux, *avec la même distinction, et seront administrés par les mêmes règles que ceux de la taxe d'entretien des routes, des droits de bacs et autres taxes spéciales.*

» 3. Toutes dispositions contraires à cette interprétation et prescrites par le décret réglementaire du 8 prairial an 11, sont considérées comme non avenues ».

et celui du 19 du même mois, qui règle la perception de l'octroi de Navigation dans ces arrondissemens ;

L'arrêté du 27 vendémiaire an 13, qui divise en trois arrondissemens le bassin de Navigation formé des fleuves de la Charente, de Seudre et de la Sevre-Niortaise ; et celui du même jour, portant réglement sur le taux et le mode de la perception qui y sera faite de l'octroi de Navigation ;

Les arrêtés du 1er. floréal an 12, qui divisent le bassin de la Loire en onze, et celui du Rhone en sept arrondissemens, et ceux du même jour qui y règlent respectivement la perception du droit ;

Le décret du 28 messidor an 13, concernant le bassin de l'Escaut, de l'Aa, et le droit de Navigation sur les rivières dont il est composé ;

Les décrets du 8 vendemiaire an 14, concernant les bassins de la Somme et de l'Orne ; et ceux du même jour, qui réglent la perception de l'octroi de Navigation sur ces bassins ;

Le décret du 10 brumaire an 14, concernant le bassin de la Meuse, et le droit de Navigation sur les rivières dont il est composé.

§. III. *Contribution aux frais des travaux extraordinaires de Navigation.*

On a vu à l article *Marais*, §. 6, ce que règlent à ce sujet les tit. 7, 8, 10 et 11 de la loi du 16 septembre 1807.]]

[[NAVIRE. Terme générique, qui désigne toute espèce de bâtiment propre à naviguer sur mer. Il est plus particulièrement consacré à la désignation des vaisseaux qui sont à l'usage du commerce, et c'est dans cette acception particulière que nous le prenons ici.

§. I. *De la nature des Navires en général ; des dettes privilégiées sur les Navires.*

Le Code de commerce s'explique ainsi sur ces objets :

« Art. 190. Les Navires et autre bâtimens de mer sont meubles. Néanmoins ils sont affectés aux dettes du vendeur, et spécialement à celles que la loi déclare privilegiées.

» 191. Sont privilégiées, et dans l'ordre où elles sont rangées, les dettes ci-après désignées :

1°. Les frais de justice et autres, faits pour parvenir à la vente et à la distribution du prix ;

» 2°. Les droits de pilotage, tonnage, cale, amarrage et bassin ou avant-bassin ;

» 3°. Les gages du gardien et frais de garde du bâtiment, depuis son entrée dans le port jusqu'à la vente ;

» 4°. Le loyer des magasins où se trouvent déposés les agrès et les apparaux ;

» 5°. Les frais d'entretien du bâtiment et de ses agrès et apparaux, depuis son dernier voyage et son entrée dans le port ;

» 6°. Les gages et loyers du capitaine et autres gens de l'équipage employés au dernier voyage ;

» 7°. Les sommes prêtées au capitaine pour les besoins du bâtiment pendant le dernier voyage, et le remboursement du prix des marchandises par lui vendues pour le même objet ;

» 8°. Les sommes dues au vendeur, aux fournisseurs et ouvriers employés à la construction, si le Navire n'a point encore fait de voyage ; et les sommes dues aux créanciers pour fournitures, travaux, main-d'œuvre, pour radoub, victuailles, armement et équipement avant le départ du Navire, s'il a navigué ;

» 9°. Les sommes prêtées à la grosse sur le corps, quille, agrès, apparaux, pour radoub, victuailles, armement et équipement avant le départ du Navire ;

» 10°. Le montant des primes d'assurances faites sur le corps, quille, agrès, apparaux, et sur armement et équipement du Navire, dues pour le dernier voyage ;

» 11°. Les dommages-intérêts dus aux affréteurs, pour le défaut de délivrance des marchandises qu'ils ont chargées, ou pour remboursement des avaries souffertes par lesdites marchandises par la faute du capitaine ou de l'équipage.

» Les créanciers compris dans le même paragraphe viendront en concurrence, et au marc le franc, en cas d'insuffisance du prix.

» 192. Le privilége accordé aux dettes énoncées dans le précédent article, ne peut être exercé qu'autant qu'elles seront justifiées dans les formes suivantes :

» 1°. Les frais de justice seront constatés par les états de frais arrêtés par les tribunaux compétens ;

» 2°. Les droits de tonnage et autres, par les quittances légales des receveurs ;

» 3°. Les dettes désignées par les §. 3, 4 et 5 de l'art. 2 seront constatées par des états arrêtés par le président du tribunal de commerce ;

» 4°. Les gages et loyers de l'équipage, par les rôles d'armement et désarmement arrêtés dans les bureaux de l'inscription maritime ;

» 5°. Les sommes prêtées et la valeur des marchandises vendues pour le besoin du Na-

vire pendant le dernier voyage, par des états arrêtés par le capitaine, appuyés de procès-verbaux signés par le capitaine et les principaux de l'équipage, constatant la nécessité des emprunts;

» 6°. La vente du Navire par un acte ayant date certaine, et les fournitures pour l'armement, équipement et victuailles du Navire, seront constatées par les mémoires, factures ou états visés par le capitaine et arrêtés par l'armateur, dont un double sera déposé au greffe du tribunal de commerce avant le départ du Navire, ou, au plus tard, dans les dix jours après son départ;

» 7°. Les sommes prêtées à la grosse sur les corps, quille, agrès, apparaux, armement et équipement, avant le départ du Navire, seront constatées par des contrats passés devant notaires, ou sous signatures privées, dont les expéditions ou doubles seront déposés au greffe du tribunal de commerce dans les dix jours de leur date;

» 8°. Les primes d'assurance seront constatées par les jugemens ou par les décisions arbitrales qui seront intervenues.

» 193. Les privilèges des créanciers seront éteints, indépendamment des moyens généraux d'extinction des obligations, par la vente en justice faite dans les formes établies par le titre suivant; ou lorsqu'après une vente volontaire, le Navire aura fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur.

» 194. Un navire est censé avoir fait un voyage en mer, lorsque son départ et son arrivée auront été constatés dans deux ports différens, et trente jours après le départ; lorsque, sans être arrivé dans un autre port, il s'est écoulé plus de soixante jours entre le départ et le retour dans le même port, ou lorsque le Navire, parti pour un voyage de long cours, a été plus de soixante jours en voyage sans réclamation de la part des créanciers du vendeur ».

De ce que l'art. 190 du Code de commerce ne fait exception à la qualité mobilière des Navires que pour les affecter aux dettes du vendeur, il s'ensuit bien clairement qu'il les laisse, à tous autres égards, sous l'empire de la règle établie par l'art 2279 du Code civil, qu'*en fait de meubles la possession vaut titre*; et c'est ce qui, sur l'appel interjeté par le sieur Van Der Heyden d'un jugement du tribunal de première instance de Termonde, par lequel avait été rejetée sa demande en revendication d'un navire contre le sieur Lissens, qui en avait la possession, a été jugé par un arrêt de la cour de Bruxelles, du 9 mai 1823,

« Attendu que le mot *meubles*, employé dans l'art. 2279 du Code civil, comprend généralement tout ce qui est réputé meubles par les art. 527 et suivans du même Code;

» Que cela est confirmé par les dispositions des Codes de commerce et de procedure, qui prescrivent bien des procedures spéciales pour la saisie et la vente des Navires, mais ne leur ôtent pas néanmoins leur qualité de meubles;

» Que les art. 2279 et 1141 du Code civil établissent, en faveur du possesseur de bonne foi, une présomption *juris et de jure*, et que Van Der Heyden ne soutient pas que sa partie adverse possède de mauvaise foi (1) ».

§. II. *De la vente volontaire, de la saisie et de la vente forcée des Navires.*

Voici quelles sont, sur ces points, les dispositions du Code de commerce.

« Art. 195. La vente volontaire d'un Navire doit être faite par écrit, et peut avoir lieu par acte public, ou par acte sous signatures privées; elle peut être faite pour le Navire entier, ou pour une portion du Navire, le Navire étant dans le port ou en voyage.

» 196. La vente volontaire d'un Navire en voyage ne préjudicie pas aux créanciers du vendeur; en conséquence, nonobstant la vente, le Navire ou son prix continue d'être le gage desdits créanciers qui peuvent même, s'ils le jugent convenable, attaquer le vente pour cause de fraude.

» 197. Tous batimens de mer peuvent être saisis et vendus par autorité de justice (2), et le privilège des créanciers sera purgé par les formalités suivantes.

» 198. Il ne pourra être procédé à la saisie que vingt quatre heures après le commandement de payer.

» 199. Le commandement devra être fait à la personne du propriétaire, ou à son domicile, s'il s'agit d'une action générale à exercer contre lui. Le commandement pourra être fait au capitaine du Navire, si la créance est du nombre de celles qui sont suceptibles de privilège sur le Navire, aux termes de l'art. 2.

» 200. L'huissier énonce dans le procès-verbal, les noms, profession et demeure du créancier pour qui il agit; le titre en vertu duquel il procède; la somme dont il poursuit le paiement; l'élection de domicile faite par

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1824, tome 2, page 107.

(2) Quel est le tribunal compétent en cette matière? V. l'article *Tribunal de commerce*, n°. 3.

le créancier dans le lieu où siége le tribunal devant lequel la vente doit être poursuivie; et dans le lieu où le Navire saisi est amarré; les noms du propriétaire et du capitaine; le nom, l'espèce et le tonnage du bâtiment. Il fait l'énonciation et la description des chaloupes, canots, agrès, ustensiles, armes, munitions et provisions. Il établit un gardien.

» 201. Si le propriétaire du Navire saisi demeure dans l'arrondissement du tribunal, le saisissant doit lui faire notifier, dans le délai de trois jours, copie du procès verbal de saisie, et le faire citer devant le tribunal, pour voir procéder à la vente des choses saisies. Si le propriétaire n'est point domicilié dans l'arrondissement du tribunal, les significations et citations lui sont données à la personne du capitaine du bâtiment saisi, ou en son absence, à celui qui représente le propriétaire ou le capitaine; et le délai de trois jours est augmenté d'un jour à raison de deux myriamètres et demi (cinq lieues) de la distance de son domicile. S'il est étranger et hors de France, les citations et significations sont données ainsi qu'il est prescrit par le Code de procédure civile, art. 69.

» 202. Si la saisie a pour objet un bâtiment dont le tonnage soit au-dessus de dix tonneaux, il sera fait trois criées et publications des objets en vente. Les criées et publications seront faites consécutivement, de huitaine en huitaine, à la bourse et dans la principale place publique du lieu où le bâtiment est amarré. L'avis inséré dans un des papiers publics imprimés dans le lieu où siége le tribunal devant lequel la saisie se poursuit; et s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux qui seraient imprimés dans le département.

» 203. Dans les deux jours qui suivent chaque criée et publication, il est apposé des affiches, au grand mât du bâtiment saisi, à la porte principale du tribunal devant lequel on procède, dans la place publique et sur le quai du port où le bâtiment est amarré, ainsi qu'à la bourse de commerce.

» 204. Les criées, publications et affiches doivent désigner les nom, profession et demeure du poursuivant, les titres en vertu desquels il agit, le montant de la somme qui lui est due, l'élection de domicile par lui faite dans le lieu où siége le tribunal, et dans le lieu où le bâtiment est amarré; les nom et domicile du propriétaire du Navire saisi; le nom du bâtiment; et, s'il est armé ou en armement, celui du capitaine; le tonnage du Navire; le lieu où il est gissant ou flottant; le nom de l'avoué de celui qui poursuit la première mise à prix; les jours des audiences auxquelles les enchères seront reçues.

» 205. Après la première criée, les enchères seront reçues le jour indiqué par l'affiche. Le juge commis d'office pour la vente, continue de recevoir les enchères après chaque criée, de huitaine en huitaine, et à jour certain fixé par son ordonnance.

» 206. Après la troisième criée, l'adjudication est faite au plus offrant et dernier enchérisseur, à l'extinction des feux, sans autre formalité. Le juge commis d'office, peut accorder une ou deux remises, de huitaine chacune. Elles sont publiées et affichées.

» 207. Si la saisie porte sur des barques, chaloupes et autres bâtimens du port de dix tonneaux, et au-dessus, l'adjudication sera faite à l'audience après la publication, sur le quai, pendant trois jours consécutifs, avec affiche au mât, ou, à défaut, en autre lieu apparent du bâtiment; et à la porte du tribunal. Il sera observé un délai de huit jours francs entre la signification de la saisie et la vente.

» 208. L'adjudication du Navire fait cesser les fonctions du capitaine, sauf à lui à se pourvoir en dédommagement contre qui de droit.

» 209. Les adjudicataires des Navires de tout tonnage, seront tenus de payer le prix de leur adjudication dans le délai de vingt-quatre heures, ou de le consigner sans frais au greffe du tribunal de commerce, à peine d'y être contraints par corps. A défaut de paiement ou de consignation, le bâtiment sera remis en vente, et adjugé trois jours après une nouvelle publication et affiche unique, à la folle enchère des adjudicataires qui seront également contraints par corps pour le paiement du déficit, des dommages, des intérêts et des frais.

» 210. Les demandes en distraction seront formées et notifiées au greffe du tribunal avant l'adjudication. Si les demandes en distraction ne sont formées qu'après l'adjudication, elles seront converties de plein droit, en oppositions à la délivrance des sommes provenant de la vente.

» 211. Le demandeur ou l'oppposant aura trois jours pour fournir ses moyens. Le défendeur aura trois jours pour contredire. La cause sera portée à l'audience sur une simple citation.

» 212. Pendant trois jours, après celui de l'adjudication, les oppositions à la délivrance du prix seront reçues; passé ce temps, elles ne seront plus admises.

» 213. Les créanciers opposans sont tenus

de produire au greffe leurs titres de créance, dans les trois jours qui suivent la sommation qui leur en est faite par le créancier poursuivant ou par le tiers saisi; faute de quoi, il sera procédé à la distraction du prix de la vente, sans qu'ils y soient compris (1).

» 214. La collocation des créanciers et la distribution des deniers sont faites entre les créanciers privilégiés, dans l'ordre prescrit par l'art. 2 du tit. 1; et, entre les autres créanciers, au marc le franc de leurs créances. Tout créancier colloqué l'est tant pour son principal que pour les intérêts et frais.

» 215. Le bâtiment prêt à faire voile, n'est pas saisissable, si ce n'est à raison de dettes contractées pour le voyage qu'il va faire; et même dans ce dernier cas, le cautionnement de ces dettes empêche la saisie. Le bâtiment est censé prêt à faire voile, lorsque le capitaine est muni de ses expéditions pour son voyage.

§. III. *Des propriétaires de Navires.*

Copions encore ici le Code de commerce :

« Art. 216. Tout propriétaire de Navire est civilement responsable des faits du capitaine, pour ce qui est relatif au Navire et à l'expédition. La responsabilité cesse par l'abandon du navire et du fret.

» 217 Les propriétaires de Navires équipés en guerre, ne seront toutefois responsables des délits et déprédations commis en mer par les gens de guerre qui sont sur leurs Navires, ou par les equipages, que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle ils auront donné caution, à moins qu'ils n'en soient participans ou complices.

» 218. Le propriétaire peut congédier le capitaine. Il n'y a pas lieu à indemnité, s'il n'y a convention par écrit.

» 219. Si le capitaine congédié est co-propriétaire du Navire, il peut renoncer à la co-propriété et exiger le remboursement du capital qui la représente. Le montant de ce capital est déterminé par des experts convenus ou nommés d'office.

» 220. En tout ce qui concerne l'intérêt commun des propriétaires d'un Navire, l'avis de la majorité est suivi. La majorité se détermine par une portion d'intérêt dans le Navire, excédant la moitié de sa valeur. La licitation du Navire ne peut être accordée que sur la demande des propriétaires, formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le Navire, s'il n'y pas, par écrit, convention contraire ».

(1) *V.* l'article *Opposition aux criées*, §. 6.

§. IV. *Des capitaines de Navire.*

Les droits et les obligations des capitaines de Navire sont aussi déterminés par le Code de commerce :

« Art. 221. Tout capitaine, maître ou patron, chargé de la conduite d'un Navire ou autre bâtiment, est garant de ses fautes, même légères, dans l'exercice de ses fonctions.

» 222. Il est responsable des marchandises dont il se charge. Il en fournit une reconnaissance. Cette reconnaissance se nomme *connaissement.*

» 223. Il appartient au capitaine de former l'équipage du vaisseau, et de choisir et louer les matelots et autres gens de l'équipage; ce qu'il fera, néanmoins, de concert avec les propriétaires, lorsqu'il sera dans le lieu de leur demeure.

» 224. Le capitaine tient un registre coté et paraphé par l'un des juges du tribunal de commerce, ou par le maire ou son adjoint, dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce. Ce registre contient les résolutions prises pendant le voyage, la recette et la dépense concernant le Navire, et généralement tout ce qui concerne le fait de sa charge, et tout ce qui peut donner lieu à un compte à rendre, à une demande à former.

» 225. Le capitaine est tenu, avant de prendre charge, de faire visiter son Navire, aux termes et dans les formes prescrites par les réglemens.

» Le procès-verbal de visite est déposé au greffe du tribunal de commerce; il en est délivré extrait au capitaine (1).

» 226. Le capitaine est tenu d'avoir à bord l'acte de propriété du Navire (2), l'acte de francisation, le rôle d'équipage, les connaissemens et chartes-parties, les procès-verbaux de visite, les acquits de paiement ou à caution des domaines.

» 227. Le capitaine est tenu d'être en personne dans son Navire à l'entrée et à la sortie des ports, hâvres ou rivières.

» 228. En cas de contravention aux obligations imposées par les quatre articles précédens, le capitaine est responsable de tous les événemens envers les intéressés au Navire et au chargement (3).

(1) *V.* les articles *Police d'assurance*, §. 1, nos. 46 et 47, *Officier de port* et *Visite.*

(2) Est-il dérogé à cette disposition, dans le royaume des Pays-Bas, par la loi du 14 mars 1819, relative aux *lettres de mer* ou *passeports turcs* (dénominations sous lesquelles elle comprend les actes que les lois françaises appellent *congés*)? *V.* la note sur l'art. 228, ci-après.

(3) Ces termes, *le capitaine est responsable de*

« 229. Le capitaine répond également de tout le dommage qui peut arriver aux marchandises qu'il aurait chargées sur le tillac de son vaisseau sans le consentement par écrit du chargeur.

» Cette disposition n'est point applicable au petit cabotage.

» 230. La responsabilité du capitaine ne cesse que par la preuve d'obstacles de force majeure.

» 231. Le capitaine et les gens de l'équipage qui sont à bord, ou qui, sur les chaloupes, se rendent à bord pour faire voile, ne peuvent être arrêtés pour dettes civiles, si ce n'est à raison de celles qu'ils auront contractées pour le voyage; et même, dans ce dernier cas, ils ne peuvent être arrêtés s'ils donnent caution.

» 232. Le capitaine, dans le lieu de la demeure des propriétaires ou de leurs fondés de pouvoirs, ne peut, sans leur autorisation spéciale, faire travailler au radoub du batiment, acheter des voiles, cordages, et autres choses pour le bâtiment, prendre à cet effet de l'argent sur le corps du Navire, ni fréter le Navire.

» 233. Si le bâtiment était frété du consentement des propriétaires, et que quelques-uns d'eux fissent refus de contribuer aux frais nécessaires pour l'expédier, le capitaine pourra, en ce cas, vingt-quatre heures après sommation faite aux refusans de fournir leur contingent, emprunter à la grosse pour leur compte sur leur portion d'intérêt dans le Navire, avec autorisation du juge.

» 234. Si, pendant le cours du voyage, il y a nécessité de radoub ou d'achat de victuailles, le capitaine, après l'avoir constaté par un procès-verbal signé des principaux de l'équipage, pourra, en se faisant autoriser en France par le tribunal de commerce, ou, à défaut, par le juge de paix; chez l'étranger, par le consul français, ou, à défaut par le magistrat des lieux, emprunter sur le corps et quille du vaisseau, mettre en gage ou vendre des marchandises jusqu'à concurrence de la somme que les besoins constatés exigent. Les propriétaires, ou le capitaine qui les représente, tiendront compte des marchandises vendues d'après le cours des marchandises de mêmes nature et qualité, dans le lieu de la

---

tous les événemens, signifient-ils que le capitaine doit, par cela seul qu'il a omis de remplir l'une des obligations qui lui sont prescrites par les trois articles précédens, répondre de toutes les pertes essuyées par le propriétaire et les chargeurs, quand même sa négligence à le remplir n'aurait contribué en rien à ces pertes, c'est-à-dire, quand même l'accomplissement de cette obligation de sa part n'aurait ni empêché ni pu empêcher que ces pertes n'arrivassent? Par exemple, le chargement d'un navire dont l'acte de propriété n'était pas à bord, a essuyé, par un accident de mer, des avaries plus ou moins considérables : il est certain que ces avaries n'ont été causées ni occasionnées par l'absence de cet acte, et qu'elles n'en auraient pas moins eu lieu, si le capitaine se fût, à cet égard, conformé à la disposition de l'art. 226; le capitaine en est-il responsable, nonobstant cette considération?

Voici une espèce dans laquelle l'affirmative a été tenue pour constante, tant en première instance qu'en cause d'appel, mais qui a été jugée en faveur du capitaine par un autre motif qui se rapporte à l'une des dispositions de l'art. 226.

Un capitaine de navire belge avait, en exécution d'une convention faite à Nantes avec un Français, pris charge au Croisic pour Anvers, sans avoir fait visiter son bâtiment, *et sans avoir à bord l'acte qui en constatait la propriété*. La navigation ne fut pas heureuse, et il en résulta des avaries.

Question de savoir si le capitaine en est responsable envers le chargeur.

Jugement du tribunal de commerce d'Anvers, qui, d'après l'art. 228, condamne le capitaine.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 6 mars 1823, par lequel,

« Considérant, en ce qui touche l'art. 225 du Code de commerce, que la visite dont il est parlé dans cet article, doit avoir lieu, *aux termes et dans les formes prescrits par les réglemens*; que ces mots ne peuvent signifier autre chose, si ce n'est que la visite dont il s'agit, doit avoir lieu dans les cas où les réglemens l'exigent, et qu'alors elle doit se faire en observant tout ce qui est prescrit à cet égard par ces mêmes réglemens;

» Que la loi du 13 août 1791, sur la navigation et la police des ports, publiée en ce pays le 29 ventôse an 5, et à laquelle il est évident que l'art. 225 cité renvoie, statue formellement, art. 14 du tit. 3, que les navires destinés aux voyages de long cours, seront seuls assujétis à la visite en question, tandis que, par ce même article, toutes autres visites ordonnées par les précédentes lois, sont supprimées;

» Que, d'après l'ordonnance de 1740, art. 1er., sont seuls réputés voyages de long cours, ceux aux Indes tant orientales qu'occidentales, en Canada, Terre-Neuve, Groënland et îles de l'Amérique méridionale et septentrionale, aux Açores, Canaries, Madère et en tous les détroits de Gibraltar et du Sund;

» D'où il suit que le voyage du Croisic à Anvers ne peut être considéré comme voyage de long cours, mais appartient au grand ou petit cabotage; que, par suite, aux termes de la loi de 1791, qui rapporte sans distinction tous les réglemens antérieurs sur le fait de visite dont parle l'art. 225 du prédit Code, le navire dont il s'agit au procès, n'était pas soumis à la visite qu'il aurait dû subir, en cas de voyage de long cours, avant de prendre charge;

» Qu'ainsi, bien que les lois existantes en France sur cette matière, doivent être suivies dans l'espèce, par la raison que la convention a été faite à Nantes, néanmoins la disposition de l'article cité n'est point applicable à l'appelant;

» D'où il suit ultérieurement que la présomption de

charge du Navire, à l'époque de son arrivée.

» 235. Le capitaine, avant son départ d'un port étranger ou des colonies françaises, pour revenir en France, sera tenu d'envoyer à ses propriétaires ou à leurs fondés de pouvoirs, un compte signé de lui, contenant l'état de son chargement, le prix des marchandises de sa cargaison, les sommes par lui empruntées, les noms et demeures des prêteurs.

» 236. Le capitaine qui aura, sans nécessité, pris de l'argent sur le corps, avictuaillement ou équipement du Navire, engagé ou vendu des marchandises ou des victuailles, ou qui aura employé dans ses comptes des avaries et des dépenses supposées, sera responsable envers l'armement, et personnellement tenu du remboursement de l'argent ou du paiement des objets, sans préjudice de la poursuite criminelle, s'il y a lieu.

» 237. Hors le cas d'innavigabilité légalement constatée, le capitaine ne peut, à peine de nullité de la vente, vendre le navire sans un pouvoir spécial des propriétaires.

» 238. Tout capitaine de Navire, engagé pour un voyage est tenu de l'achever, à peine de tous dépens, dommages-intérêts envers les propriétaires et les affréteurs.

» 239. Le capitaine qui navigue à profit commun sur le chargement, ne peut faire aucun trafic ni commerce pour son compte particulier, s'il n'y a convention contraire.

» 240. En cas de contravention aux dispositions mentionnées dans l'article précédent, les marchandises embarquées par le capitaine pour son compte particulier, sont confisquées au profit des autres intéressés.

» 241. Le capitaine ne peut abandonner son Navire pendant le voyage, pour quelque danger que ce soit, sans l'avis des officiers et principaux de l'équipage; et, en ce cas, il est tenu de sauver avec lui l'argent et ce qu'il pourra des marchandises les plus précieuses de son chargement, sous peine d'en répondre en son propre nom. Si les objets ainsi tirés du Navire, sont perdus par quelque cas fortuit, le capitaine en demeurera déchargé.

» 242. Le capitaine est tenu, dans les vingt-quatre heures de son arrivée, de faire viser son registre, et de faire son rapport. Le rapport doit énoncer le lieu et le temps de son

---

faute de la part du capitaine et du mauvais état du navire, que le Code de commerce fait résulter du défaut de visite, et sur le fondement de laquelle l'art. 228 déclare le capitaine responsable de tous les événemens, n'existe pas dans l'espèce;

» Considérant, en ce qui regarde l'art. 226 du même Code, d'après lequel le capitaine est tenu d'avoir à bord l'acte de propriété du navire, que, selon la loi du 14 mars 1819, relative aux lettres de mer, *ces lettres ne sont délivrées en ce pays que sur la représentation du titre de propriété du navire*, lequel doit être transcrit au greffe du tribunal de commerce et dont il est fait mention dans la lettre de mer; que, par suite, la disposition de l'art. 226 étant actuellement sans but utile, est devenue inapplicable aux navires belges qui sont pourvus de lettres de mer;

» Par ces motifs, la cour met le jugement dont est appel, au néant; émendant, déclare l'intimé non-recevable et mal fondé dans ses conclusions introductives d'instance; dit qu'il est tenu de supporter sa part dans les avaries grosses ou communes dont il s'agit au procès, sur le pied du réglement qui en a été fait et que le tribunal de commerce d'Anvers a confirmé ». (*Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, année* 1823, *tome* 1er, *page* 313).

Que cet arrêt ait bien jugé en déchargeant le capitaine de la condamnation prononcée contre lui par le tribunal de commerce d'Anvers, c'est ce qui n'est pas douteux; mais comment, au lieu de motiver sa décision sur le fait que l'infraction du capitaine à l'obligation d'avoir à bord l'acte de propriété du navire, n'avait ni contribué ni pu contribuer aux avaries dont le chargeur prétendait le rendre responsable, a-t-il pu le motiver sur la prétendue inapplicabilité aux navires belges de la disposition de l'art. 226 du Code de commerce qui prescrit cette obligation? Pourquoi cette disposition ne serait-elle plus obligatoire pour les capitaines de la marine belge? Parcequ'elle est *actuellement*, dit l'arrêt, *sans but utile*, au moyen de ce que, suivant la loi du 14 mars 1819, *les lettres de mer ne sont délivrées en ce pays que sur la représentation du titre de propriété du navire, lequel doit être transcrit au greffe du tribunal de commerce, et dont il est fait mention dans les lettres de mer*. Mais la loi du 14 mars 1819 n'introduit pas, à cet égard, un droit nouveau dans les Pays-Bas: elle ne fait que rappeler les règles précédemment établies en France par l'art. 3 de la loi du 13 août 1791: « Les actes de propriété du navire (y est-il dit, art. 1er.) seront enregistrés aux greffes des tribunaux de commerce..... » Les congés (ajoute l'art. 2) seront faits à l'avenir » dans la forme suivante; *L....., par la grâce de Dieu » et la loi constitutionnelle de l'état, roi des français, à tous ceux qui les présentes verront, salut.. Le bâtiment nommé le...., du port de... tonneaux, enregistré et domicilié au port de...., » ayant été reconnu français, nous déclarons qu'il » a droit de naviguer sous le pavillon national de » France* ». Enfin, l'art. 3 déclare que « les congés ne » seront délivrés que sur la représentation des actes de » propriété ». C'est en présence de ces dispositions qu'a été rédigé l'art. 226 du Code de commerce; et assurément cet article ne les a pas abrogées: comment donc serait-il lui-même abrogé, pour le royaume des Pays-Bas, par la loi du 19 mars 1819, qui a renouvelé les mêmes dispositions? En les renouvelant, cette loi ne les a pas rendues plus inconciliables avec l'art. 226 du Code de commerce, qu'elles ne l'étaient au moment de la rédaction de cet article; elle a donc laissé subsister cet article, comme cet article avait lui-même laissé subsister ces dispositions.

départ, la route qu'il a tenue, les hasards qu'il a courus, les désordres arrivés dans le Navire, et toutes les circonstances remarquables de son voyage.

» 243. Le rapport est fait au greffe devant le président du tribunal de commerce.

» Dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce, le rapport est fait au juge de paix de l'arrondissement. Le juge de paix qui a reçu le rapport, est tenu de l'envoyer sans délai au président du tribunal de commerce le plus voisin. Dans l'un et l'autre cas, le dépôt en est fait au greffe du tribunal de commerce.

» 244. Si le capitaine aborde dans un port étranger, il est tenu de se présenter au consul de France, de lui faire un rapport, et de prendre un certificat constatant l'époque de son arrivée et de son départ, l'état et la nature de son chargement.

» 245. Si, pendant le cours du voyage, le capitaine est obligé de relâcher dans un port français, il est tenu de déclarer au président du tribunal de commerce du lieu les causes de sa relâche. Dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce, la déclaration est faite au juge de paix du canton. Si la relâche forcée a lieu dans un port étranger, la déclaration est faite au consul de France, ou, à son défaut, au magistrat du lieu.

» 246. Le capitaine qui a fait naufrage, et qui s'est sauvé seul ou avec partie de son équipage, est tenu de se présenter devant le juge du lieu, ou, à défaut de juge, devant toute autre autorité civile, d'y faire son rapport, de le faire vérifier par ceux de son équipage qui se seraient sauvés et se trouveraient avec lui, d'en lever expédition.

» 247. Pour vérifier le rapport du capitaine, le juge reçoit l'interrogatoire des gens de l'équipage, et, s'il est possible, des passagers, sans préjudice des autres preuves. Les rapports non vérifiés ne sont point admis à la décharge du capitaine, et ne font point foi en justice, excepté dans le cas où le capitaine naufragé s'est sauvé seul dans le lieu où il a fait son rapport. La preuve des faits contraires est réservée aux parties.

» 248. Hors le cas de péril imminent, le capitaine ne peut décharger aucunes marchandises avant d'avoir fait son rapport, à peine de poursuites extraordinaires contre lui.

» 249. Si les victuailles du bâtiment manquent pendant le voyage, le capitaine, en prenant l'avis des principaux de l'équipage, pourra contraindre ceux qui auront des vivres en particulier, de les mettre en commun, à la charge de leur en payer la valeur.....

» 250. Le capitaine ne peut acquérir la propriété du Navire par droit de prescription ».

§. V. ***Du louage des Navires, des loyers, tant des Matelots que des autres gens de l'équipage, des contrats aléatoires, du jet, de la contribution et des prescriptions qui concernent les Navires et leurs chargemens.***

Tous ces objets sont traités sous les mots *Affrètement*, *Fret*, *Matelot*, *Grosse* (*prêt à la*), *Police et contrat d'assurance*, *Jet de marchandises*, et *Prescription*]].

NÉCESSITÉ JURÉE. Terme employé dans les coutumes de la Flandre flamande, d'Artois, de Boulonnais, de Montreuil et de Ponthieu : il désigne la seule voie que l'on a régulièrement dans ces provinces pour faire, de certains immeubles, une aliénation valable.

Dans la Flandre flamande, les fiefs sont les seuls biens dont l'aliénation ne peut se faire sans Nécessité jurée ; encore faut-il pour cela qu'ils tiennent nature de propres à celui qui veut les mettre hors de sa main ; c'est du moins ce que portent la plupart des coutumes de cette province.

« Pour ce qui concerne les fiefs de souche, il n'en pourra être disposé en tout ou en partie, que..... par Nécessité jurée ». (*Bergues-Saint-Winock, rubr.* 16, *art.* 3).

« Personne ne pourra vendre ni engager par des rentes, nuls fiefs de patrimoine, si ce n'est..... pour Nécessité dûment apparue à la cour par le serment du vendeur ou de celui qui l'engage ou autrement, au contentement des hommes de fief de ladite cour ». (*Cour féodale de Bergues-Saint-Winock, rubr.* 6, *art.* 1).

« Le vassal peut vendre ou charger son fief de souche. ...., pourvu qu'il déclare qu'il fait la vente ou l'engagement par Nécessité, et non pour frauder son héritier, par ce moyen, en revêtant sa déclaration de son serment par-devant des hommes de fief..... De fiefs nouvellement acquis, un chacun en peut disposer par vente, engagement ou autrement..., sans être obligé de jurer que c'est par Nécessité ». (*Cour féodale de Bruges, rubr.* 7, *art.* 3 *et* 4).

On trouve les mêmes dispositions dans les coutumes de la cour feodale de Furnes, tit. 7, art. 2, et tit. 8, art. 1 ; de Bailleul, rubr. 15, art. 1 ; d'Ypres, chap. 224, art. 1 ; de la cour féodale de Courtrai, rub. 4, art. 1 ; d'Alost, rubr. 22, art. 2 ; de Ninove, rubr. 3, art. 11 ; de Cassel, art. 30.

La coutume du bailliage de Saint-Omer, art. 22, restreint aux propres roturiers la prohibition d'aliéner sans Nécessité jurée.

Mais celle d'Artois, dont elle est locale, porte, art. 76, que l'on ne peut disposer d'aucun propre, soit féodal, soit roturier, si ce n'est *par Nécessité jurée par le vendeur, et prouvée suffisamment par deux témoins dignes de crédence*. L'art. 124 de la coutume de Boulonnais, l'art. 90 de celle de Montreuil, et l'art. 19 de celle de Ponthieu renferment la même disposition.

Il est cependant permis dans ces quatre coutumes de disposer sans Nécessité jurée d'un quint des fiefs patrimoniaux, et même, dans les trois dernières, d'un quint des propres roturiers.

» Il serait à désirer (dit le Camus d'Houlouve sur la coutume de Boulonnais) que ces formalités, contraires au droit commun, fussent abrogées dans les coutumes où elles subsistent ». Ce vœu est d'autant plus digne de l'attention du législateur, que la *Nécessité jurée* ne consiste souvent que dans une vaine formule, et n'est jamais qu'une source de procès; mais en attendant qu'une nouvelle loi en ait fait cesser l'usage, examinons les règles auxquelles elle est maintenant assujétie.

Cette matière embrasse plusieurs objets :

1°. Quelles sont les espèces d'aliénations qui ne peuvent se faire sans Nécessité jurée ?

2°. De quelle nature doit être la Nécessité de celui qui aliène, pour légitimer l'aliénation?

3°. Comment se fait la preuve de cette Nécessité?

4°. Peut-on être reçu à prouver que cette Nécessité n'existait pas lors de l'affirmation qui en a été faite ?

5°. Quel est l'effet des aliénations faites sans Nécessité jurée?

6°. Par quels moyens peut-on suppléer à la voie de nécessité jurée ?

[[7°. Quelles sont sur cela les dispositions des lois nouvelles ?]]

§. I. *Quelles sont les espèces d'aliénations qui ne peuvent se faire sans Nécessité ?*

I. La prohibition d'aliéner sans Nécessité jurée, est par elle-même très étendue : on peut en juger par la loi 7, C. *de rebus alienis non alienandis*. « Lorsqu'une loi (porte ce texte) » interdit l'aliénation, sa défense ne comprend » pas seulement l'expropriation entière, » elle s'étend jusqu'à la constitution d'usu» fruit, de servitude réelle, d'hypothèque ou » d'emphytéose ».

Les dispositions des coutumes dont il s'agit, sont assez conformes à cette règle générale.

Toutes celles de la Flandre flamande que nous avons citées, déclarent que l'on ne peut *aliéner*, ni *engager*, ni *charger* les biens dont elles parlent, sans employer la voie de Nécessité jurée. Un arrêt du grand conseil de Malines, du 24 avril 1573, a annulé une hypothèque qui n'était pas revêtue de cette formalité : Cuvelier qui le rapporte, page 182, ajoute, page 184, qu'il « est tenu pour notoire entre les praticiens et coutumiers, » que la coutume générale de Flandre la » requiert en aliénation ou charge des fiefs, » encore que telle charge ne fût que temporaire ».

La coutume de Ponthieu porte également « qu'on ne peut charger, vendre ni hypothéquer son héritage à lui venu de ses prédécesseurs, si ce n'est par........ Nécessité » jurée ».

Cette disposition, aussi générale qu'elle peut l'être, a servi de motif à un arrêt du parlement de Paris que Le Camus d'Houlouve nous retrace en ces termes.

« Le sieur de Calonne possédait, entre autres biens, la terre et seigneurie de Coquerelle, située dans la coutume de Ponthieu; c'était un ancien propre dans sa personne. Il avait contracté nombre de dettes, soit sous signature privée, soit par obligations pardevant notaires, qui avaient été suivies de sentences ou autres jugemens de condamnation; mais toutes ces dettes avaient été contractées sans le consentement de son héritier apparent, et sans Nécessité jurée et suffisamment prouvée. Ses créanciers, faute de paiement, avaient fait saisir tous ses biens, et entre autres la terre et seigneurie de Coquerelle.

» Le sieur de Calonne, marquis de Lignières-Chatelin, fils et héritier apparent du sieur de Calonne, forma opposition au décret de la terre de Coquerelle, et demanda la distraction de la saisie-reelle des quatre quints de la terre, comme lui étant legalement substituée par la coutume, attendu que les obligations de son père avaient été faites sans le consentement de lui, héritier apparent, ou n'avaient été accompagnées d'aucune Nécessité jurée et prouvée.

» Cette opposition à fin de distraire, a fait la matière d'une instance en la grand'chambre de la cour; et par arrêt du 9 août 1766, au rapport de M. Beze de Lys, la cour a pro-

noncé la distraction de la saisie-réelle des quatre quints de la terre et seigneurie de Coquerelle, comme n'ayant pu être vendus, chargés et hypothéqués que conformément à l'art. 19 de la coutume de Ponthieu ».

II. On a douté si cette jurisprudence devait avoir lieu en Artois. La difficulté résultait des différentes manières d'entendre les art. 76 et 189 de la coutume de cette province.

Le premier de ces textes est ainsi conçu : « Pour vendre, *charger nommément*, ou » aliéner son héritage patrimonial, il est re- » quis... que telle vente, charge ou aliénation » soit faite par Nécessité jurée ».

Le second porte : « Si l'héritier n'appré- » hende qu'héritages patrimoniaux, combien » qu'il soit tenu aux créanciers, en soi portant » tel, de payer, entretenir et accomplir les » dettes, contrats et obligations du trépassé » *dûment contractées*, et ayant son recou- » vrier contre l'héritier mobilier... ».

Les mots *charger nommément*, ne désignent-ils, dans l'art. 76, que les charges purement réelles, telles que les servitudes, les rentes irredimibles, ou doit-on aussi les entendre des hypothèques constituées pour rentes rachetables ou autres dettes personnelles ? Première difficulté.

Les mots *dûment contractées*, employés dans l'art. 189, signifient-ils que l'héritier des propres n'est tenu des dettes du défunt, qu'autant que celui-ci les a contractées par Nécessité jurée, ou ne doit-on y attacher d'autre signification que celle de *dettes légitimes et conformes aux principes du droit commun* ? Seconde difficulté.

Chacune de ces deux questions a été résolue en faveur des héritiers des propres, par un arrêt du 5 août 1694, rendu à la cinquième chambre des enquêtes du parlement de Paris. Cet arrêt, dit Maillart, « a décidé que l'ad- » verbe *nommément* voulait dire *valable- » ment*, et, en conséquence, a déchargé cette » héritière patrimoniale des constitutions de » rente et des obligations passées par ses au- » teurs comme de dettes non dûment contrac- » tées, faute d'y avoir observé l'une des trois » voies prescrites par la coutume d'Artois, » art. 76. 81 et 189 ».

Mais cet arrêt n'a point fait jurisprudence.

Il avait été précédé d'un autre du 18 février 1690, qui condamnait « un gentilhomme, en » qualité d'héritier patrimonial, à payer les » dettes du défunt, contractées sous l'obliga- » tion générale de tous biens ».

Depuis, il en est intervenu un du premier août 1702, confirmatif d'une sentence rendue au conseil d'Artois, le 25 septembre 1696, qui « a déclaré sujette aux dettes l'héritière pa- » trimoniale des seuls propres d'Artois ».

Maillart, de qui nous tenons ces arrêts, nous apprend encore que, « les 15 octobre » 1644 et 15 mai 1673, le conseil d'Artois a » délivré des actes de notoriété de la restric- » tion des termes de cet article, *chargé nom- » mément*, au seul assignat spécial ».

Desmasures, qui était procureur général du conseil d'Artois, dit dans ses *Observations* manuscrites, que l'usage n'applique cette disposition qu'aux charges non rachetables, et que les rapports d'héritages ne sont pas défendus, quoiqu'il en résulte des hypothèques, et conséquemment des charges nommées. C'est ce qui a été, dit-il, jugé au conseil d'Artois en 1637, contre l'héritier aux propres du baron de Courières.

Enfin, une déclaration du 14 mars 1722, enregistrée au parlement de Paris le 17 avril suivant, a mis à cette jurisprudence le sceau de l'autorité législative; voici ses termes :

« Louis... Nous regardons comme un des principaux de nos devoirs de maintenir la justice, d'assurer la tranquillité des familles par l'observation des lois; et c'est dans cette vue que notre procureur en notre conseil provincial d'Artois, nous ayant fait représenter que, depuis quelques années, il s'est mû plusieurs difficultés sur l'exécution des art. 74, 75 et 76 de la coutume générale dudit pays, nous avons jugé à propos de les faire cesser entièrement, en déterminant le véritable sens de ces articles, conformément à l'esprit général de la coutume et à l'usage pratiqué de tout temps en Artois. Suivant l'art. 74, les sentences, les promesses, et généralement toutes les obligations personnelles, n'engendrent aucune hypothèque sur les héritages du condamné, prometteur ou obligé. L'art. 75 requiert, pour valablement charger ou hypothéquer héritages, l'observation de l'une des trois voies qui y sont prescrites, savoir : la mise de fait, le rapport d'héritage, ou la main assise. Et l'art. 76 porte que, pour vendre, charger nommément ou aliéner son héritage patrimonial, il est requis d'observer l'une des trois voies pour ce introduites, savoir : le consentement de l'héritier apparent, le remploi des deniers de la vente en héritages de même valeur et sortissant la cote et ligne comme l'héritage vendu, ou la Nécessité jurée par le vendeur, et approuvée suffisamment par deux témoins. Il est évident que la disposition de l'art. 76 regarde seulement les aliénations du patrimoine, au nombre des-

quelles sont les rentes perpetuelles non rachetables, et les antres charges réelles qui aliènent l'héritage jusqu'à concurrence : l'expression de *charger nommément*, de cet article, est différente de celle de charger ou hypothéquer de l'art. 75, laquelle ne signifie que la simple hypothèque toujours speciale en Artois, où elle peut s'acquérir sur les héritages patrimoniaux pour toutes créances et obligations personnelles, par l'une des trois voies dudit art. 75 seulement, sans qu'il soit nécessaire d'observer conjointement l'une des trois voies de l'art. 76. L'hypothèque n'est point une aliénation, et n'a d'autre effet que celui d'assurer le créancier et lui donner la préférence sur les créanciers postérieurs en hypothèque, ou les simples chirographaires, mais sans lui transmettre aucune propriété des biens hypothequés, et sans rien ajouter aux obligations personnelles dont les rentes rachetables font partie, et qui ne constituent que des droits mobiliers en Artois, suivant l'art. 140. Il est évident pareillement que l'héritier patrimonial en Artois est tenu indistinctement du paiement de toutes les obligations personnelles du défunt, et qu'il ne peut se dispenser de les acquitter sous prétexte que l'art. 189 ne le soumet qu'au paiement des dettes dûment contractées, et le décharge d'entretenir et garantir la vente et charge de l'héritage patrimonial faite par le défunt sans l'observance de l'une des trois voies, comme dettes non dûment contractées; l'expression de *vente* et *charge*, contenue audit article, ne se pouvait entendre que de la charge réelle ou aliénation de l'héritage, et non la charge de la simple hypothèque; en sorte qne l'usage de condamner les héritiers patrimoniaux an paiement des obligations personnelles dn défunt, soit qu'elles soient hypothéquées ou qu'elles ne le soient point, sauf leur recours contre les héritiers mobiliers, et ceux des antres biens disponibles, est non-seulement immémorial avant les différentes rédactions et réformations de la coutume générale d'Artois, mais encore conforme à l'esprit et aux textes de la coutume, art. 77, 111, 112, 113, 114, 123, 183, 184, 185, 186 et 187, et confirmé par un grand nombre de jugemens et arrêts. Nous avons d'ailleurs été informés qu'il s'est créé pour des sommes très-considérables de dettes de cette nature, qui n'ont jamais été contestées, si ce n'est depuis quelques années, et que les conséquences de cette nouveauté sont d'autant plus dangereuses, que presque toutes les familles de l'Artois y sont intéressées, et qu'elle tend à détruire la bonne foi du commerce et des contrats. De pareilles considérations avaient déjà porté le feu roi à ordonner, par sa déclaration du 19 avril 1695, l'exécution des contrats de rentes constituées et des obligations passées auparavant, ou qui le seraient à l'avenir, sans l'observation de l'une des trois voies de l'art. 76. Mais notre procureur en notredit conseil provincial d'Artois nous a aussi remontré que la même déclaration portant, par une clause précédente, que ces obligations pourraient être faites avec hypothèque de tous les biens du débiteur, cette clause est directement contraire aux art. 74 et 75 de la coutume, et qu'il n'y a pas lieu d'introduire en Artois un nouveau genre d'hypothèque; que, par une autre clause, la même déclaration excepte les contrats et obligations qui emporteraient une entière aliénation du patrimoine, ce qui augmenterait le nombre des procès au lieu de les prévenir; que ces inconvéniens ont empêché d'en poursuivre la publication et l'enregistrement, en sorte qu'elle est demeurée comme non avenue.

» A quoi étant nécessaire de pourvoir, en donnant une explication simple et sans équivoque au texte de la coutume, sans y déroger ni rien changer à l'usage qui en est le plus fidèle interprète; déclarons que les sentences, promesses, rentes constituées à prix d'argent, et toutes autres obligations personnelles qui ont été ci-devant passées, et qui le seront à l'avenir, hypothéquées ou non, auront leur entière exécution contre les héritiers des biens patrimoniaux situés en ladite province d'Artois, encore que l'une des trois voies marquées par l'art. 76 de ladite coutume, n'y ait été et n'y soit observée; lequel art. 76 continuera d'être exécuté pour les ventes, charges réelles et autres aliénations des héritages patrimoniaux ».

III. Cette interprétation doit être étendue à la coutume de Boulonnais, qui s'exprime sur ce point de la même manière que celle d'Artois: « Si aucun (porte-t-elle, art. 123 et 124) aux » nom et titre d'héritier, relève les acquêts » d'un trépassé, sortissent iceux acquêts audit » héritier condition et nature d'héritages pa» trimoniaux, en telle manière qu'il ne les » peut vendre, donner, transporter, *charger*, » aliéner....., si ce n'est..... par Nécessité ju» rée..... ».

Le mot charger, supposé qu'il ne faille pas lire *changer*, ne peut s'entendre que de charges purement réelles, puisque l'art. 122 assujétit l'héritier des propres au paiement de toutes les dettes du défunt, sauf son recours

contre les héritiers mobiliers ou légataires universels.

Nous disons, « supposé qu'il ne faille pas » lire *changer* »; car la plupart des éditions de la coutume de Boulonnais substituent ce mot à *charger*; et si l'on adopte cette manière de lire, il en résulte une difficulté que Leroy de Lozembrune explique en ces termes :

« La coutume semble vouloir par son texte assujétir les échanges des propres aux mêmes formalités que le don et la vente d'iceux; cependant c'est ce que l'on a de la peine à croire, à moins qu'il n'apparaisse de quelque fraude dans l'échange, parceque l'échange ne change point la nature et la qualité de propre; et suivant la disposition des coutumes du royaume, l'héritage pris en échange est propre, comme était celui qui est échangé : c'est pour cela qu'il est sujet à retrait.

» Et il ne faut pas s'étonner si quelques-uns ont prétendu que c'était par erreur que le mot de *changer* avait été mis au lieu de celui de *charger*; et ce qui peut servir à confirmer cette erreur, c'est que la cour a jugé, par arrêt du 2 septembre 1657, qu'un échange fait entre François de Vicquet et Jean de Lepaule, était bon, quoique l'on n'eût pas observé les formalités prescrites par la coutume; et en effet, dans l'art. 124, où il est parlé des formalités, l'on n'y répète point le mot de *changer*, quoique l'on répète nommément ceux de *donner* et de *vendre* : et l'échange se trouvant fait avec égalité, l'on ne voit pas pourquoi l'héritier pourrait s'en plaindre ni y donner atteinte, sous prétexte du défaut des formalités prescrites pour l'aliénation des propres ».

IV. A cette exception fondée sur l'esprit de la coutume, il faut en ajouter une autre tirée de son texte même. L'art. 126 porte que *chacun peut bailler à rente ses héritages féodaux et côttiers sans fraude, à tel qu'il lui plait*, sans employer aucune des solennités qu'exige l'art. 124.

Richebourg, dans le coutumier général, nous a laissé, sur cette disposition, une note qui mérite quelque attention : « Il semble que » cet article ne se doive entendre que des rentes non rachetables, et qu'un bail à rente rachetable étant une vraie vente, les solennités » de l'art. 124 y doivent être observées; et » néanmoins cet article ne distingue point, et » est une exception de l'art. 124 ».

Il est très-permis de douter de l'exactitude de cette doctrine; la raison pour laquelle la coutume excepte l'arrentement de la prohibition d'aliéner, est qu'une rente foncière représentant toujours le fonds, et en tenant lieu à perpétuité, la condition de l'héritier patrimonial est censée la même que si le bien se trouvait en nature dans la succession. Or, cette raison ne peut pas s'appliquer au bail à rente rachetable; il faut donc dire avec Le Camus d'Houlouve que le bail dont il s'agit dans l'art. 126, « ne peut être fait qu'à rente non » rachetable; et qu'autrement, ce serait une » aliénation de propres prohibée par cette coutume ».

Le même article n'exempte l'acte dont nous parlons, des formalités de la Nécessité jurée, que lorsqu'il est fait *sans fraude*; ainsi, l'exception introduite par ce texte, doit cesser dans tous les cas où le bail à rente ne peut être considéré que comme une vente ou une donation déguisée, c'est-à-dire, 1°. quand il y a des deniers fournis de la part du preneur; 2°. quand il y a une rente constituée par le bailleur au profit du preneur, pour faire la compensation de la rente foncière; 3°. quand la rente foncière est fixée à un taux si bas, qu'elle n'a aucune proportion avec la valeur ou le produit de l'héritage.

Tout ce que nous venons de dire sur la coutume de Boulonnais, reçoit une application directe et entière à celle de Montreuil, excepté qu'elle n'autorise le bail à rente sans Nécessité jurée, que par rapport aux fiefs; du reste, elle exige que le bail soit fait *à juste rente et prix, et autant qu'il vaut, sans fraude et sans en prendre quelqu'argent ou autre chose*. Ce sont les termes de l'art. 93 de cette coutume.

V. Le partage entre co-héritiers, est une espèce d'aliénation; mais comme cette aliénation est toujours forcée, et que par conséquent elle porte avec elle-même la preuve de la Nécessité, on ne serait pas recevable à se prévaloir, pour la faire déclarer nulle, du défaut de *Nécessité jurée*; c'est ce qui a été jugé, dit Maillart, « le 22 juin 1705, par arrêt rendu au » rapport de M. Petit, à la quatrième chambre » des enquêtes du parlement de Paris, en infirmant la sentence du conseil provincial » d'Artois du 20 mai 1702 ».

Le même auteur nous apprend qu'un arrêt du 27 août 1737, rendu à la grand'chambre de la même cour, « a débouté une héritière » immobilière des propres du Boulonnais, de » la nullité qu'elle opposait à une transaction » faite entre le père et le fils majeur, le 3 décembre 1734, par laquelle le fils avait vendu » et cédé à son père les portions propres qu'il » avait dans des héritages situés à Boulogne-sur-Mer, moyennant une rente de 94 livres » rachetable de 1899 livres ». Cette décision a

été motivée, suivant Maillart, par le principe que « le premier acte passé entre co-héritiers, » est un partage, de quelque nom qu'il soit » qualifié ».

VI. Tout père est naturellement obligé de doter sa fille : il peut donc le faire, même avec des propres, sans prêter le serment de nécessité; c'est du moins ce qui a été jugé, s'il faut en croire Maillart, « par arrêt du 6 mars 1704, » rendu au rapport de M. Le Feron, à la pre» mière ».

La coutume de Labour vient naturellement à l'appui de cet arrêt; elle porte, tit. 5, art. 1, « que l'on ne peut vendre, hypothéquer, ou » autrement aliéner les biens papoaux ou avi» tins, si ce n'est pour *assignation de mariage* » *ou urgente Nécessité* ».

VII. Nous avons établi à l'article *Institution contractuelle*, §. 10, n°. 3, que la défense d'aliéner sans Nécessite jurée, n'empêche pas d'instituer par contrat de mariage une personne qui n'a pas la qualité d'héritière présomptive. La raison de cette jurisprudence est, comme nous l'avons dit, que la nécessité du mariage doit nécessiter l'accomplissement des conventions matrimoniales.

Ce principe a été consacré par plusieurs jugemens rendus dans la coutume d'Artois.

Une sentence du conseil de cette province, du 11 mai 1690, a ordonné l'exécution d'un contrat de mariage, portant « que le survivant » des deux conjoints jouirait de tous les biens » de la communauté, aussi bien que des im» meubles qu'aurait laissés le premier mourant, » pour, après le décès du dernier mourant, les » héritiers respectifs des parties, partager les » biens de communauté, *aussi bien que les* » *biens patrimoniaux* ».

Une autre sentence du même tribunal, du 10 février 1710, a condamné François Denis, héritier de Jean son frère, à laisser jouir Florence Herman, veuve du dernier, de l'usufruit de ses propres, conformément à son contrat de mariage.

Un arrêt du parlement de Paris, du 30 juillet 1701, rendu entre le sieur de Bersagues et le sieur Le Maire de Belquin, a déclaré valable et exécutoire une clause d'un contrat de mariage, par laquelle la femme assurait au mari, en cas qu'il lui survécût, *l'usufruit de ses biens maternels, et la somme de* 6,000 *livres pour une fois, à prendre sur ces mêmes biens*.

Un autre arrêt de la même cour, du 30 mai 1742, rendu au rapport de M. Severt, entre le sieur Bailly, avocat au conseil provincial d'Artois, d'une part, et le sieur Rouget, son épouse et consorts, héritiers patrimoniaux de Jeanne-Bonne-Brigitte Caudron, femme de leur adversaire, d'autre, « déclare le contrat de » mariage dudit Bailly exécutoire contre les» dits Rouget et consorts : en conséquence, » fait défenses auxdits Rouget et consorts, de » troubler ledit Bailly dans la propriété et » jouissance des biens délaissés par ladite » Caudron, sa femme; permet audit Bailly » de faire décréter sa mise de fait, pour être » réalisée dans les biens à lui donnés par ledit » contrat de mariage; condamne lesdits Rou» get et consorts en l'amende de 12 livres, et en » tous les dépens des causes d'appel et deman» des ».

Le parlement de Paris a encore jugé la même chose, par un arrêt du 7 août 1749, qui est connu en Artois sous le nom d'*arrêt de Nempont*.

Il paraît, s'il faut en croire Cuvelier, que l'on juge tout autrement au grand conseil de Malines, par rapport aux coutumes de la Flandre flamande : « Il est constant (dit ce magis» trat) que la prohibition d'aliéner sans Néces» site jurée, a lieu pour douaire conventionnel » régalé en rente viagère; et sur différend mû » en telle matière, il a été rendu plusieurs » sentences au conseil provincial dudit pays, » mais aussi en cette cour, comme entre mes» sire d'Hervin, comte de Bossu, et messire » René de Bruges, le 21 octobre 1553, en con» firmation de celle de Flandre, du dernier » avril 1552. Le même se trouve aussi avoir » été jugé en l'audience de Louis de Maele, » comte de Flandre, duc de Brabant, tenue » par les gens de son conseil, le 20 mars » 1371 ».

§. II. *De quelle nature doit être la nécessité de celui qui aliène, pour légitimer l'aliénation ?*

Declerck, sur le Traité des fiefs du président Wielant, prétend que la nécessité dont il est question dans les coutumes de Flandre, doit être grave et urgente, *imò strangulans*. Il se fonde sur la loi 1, C. *de prædiis decurionum*, qui, défendant aux decurions d'aliéner leurs immeubles sans nécessité, marque expressément que cette nécessité doit avoir le caractère dont parle cet auteur : *Si quis decurionum vel rustica prædia vel urbana venditor Necessitate coactus addicit, interpellet judicem competentem, omnesque causas sigillatim quibus strangulatur exponat, et ità demùm distrahendæ possessionis facultatem accipiat, si alienationis Necessitatem probaverit*. Tels sont les termes de la loi citée par Declerck. Mais le système auquel est

auteur la fait servir de base, est généralement rejeté.

Dulaury dit que le grand conseil de Malines a tenu, lors d'un arrêt de 1626, dont nous parlerons ci-après, §. 4, « que la nécessité » requise pour vendre un fief en Flandre, ne » doit être précise et étranglante, étant telle » nécessité tonte autre chose que la pauvreté, » et doit être prise pour un besoin évident de » subvenir aux affaires dérangées du vendeur, » en sorte que la vente ne se fasse pas afin de » frustrer l'héritier féodal, ni de gaîté de » cœur, mais pour cause urgente, laquelle obli- » gerait tout père de famille d'avoir recours à » icelle, pour maintenir son état et son hon- » neur ».

Cette doctrine, dit Deghewiet, dans ses *Institutions au droit belgique*, est assez conforme à la coutume de la cour féodale de Warneton, suivant laquelle on *peut vendre ses fiefs par nécessité, pour mieux faire que laisser*.

Maillart établit la même chose, par rapport à la coutume d'Artois: « La nécessité dont » parle notre coutume, ne doit pas être phy- » sique; il suffit qu'elle soit morale, c'est-à- » dire, que la personne ait besoin, en effet, » d'emprunter ou de vendre, pour mettre ses » affaires dans un meilleur ordre ».

C'est aussi ce qu'enseigne Le Camus d'Houlouve, sur la coutume de Boulonnais :

« La nécessité exigée par la coutume (dit-il) n'est point une nécessité physique, dont l'existence et l'évidence soient tellement reconnues, qu'il ne soit pas possible de la révoquer en doute. Si cette nécessité était de pareille nature, le serment du vendeur et l'attestation des témoins seraient de toute inutilité; la coutume se contente d'une nécessité morale, dont le vendeur est le seul juge, et qu'avec lui des témoins attestent ne renfermer aucune fraude aux dispositions de la loi.

» Ainsi, dans cette coutume, la nécessité de vendre ses propres ne résulte pas toujours de la Nécessité de payer ses dettes, en vendant soi-même, d'éviter des ventes judiciaires, qui consomment souvent les biens en frais, sans que les dettes soient payées; ce qui formerait une nécessité physique; cette nécessité résulte souvent de la raison, de la convenance ou de la bienséance; ce qui forme autant de nécessités morales, quand elles sont vraies, et qu'on ne s'en sert pas pour couvrir, cacher ou dissimuler des intentions d'agir, de dénaturer ou de disposer en fraude de la prohibition de la loi ».

V. ci-après, §. 4.

§. III. *Comment se fait la preuve de la nécessité requise en matière d'aliénation ?*

I. Cela dépend de la manière dont chaque coutume s'explique.

La coutume veut-elle absolument que la nécessité soit constatée par le serment du vendeur? Il faut exécuter sa disposition à la lettre. C'est ce que remarquent Le Camus d'Honlouve et Maillart, relativement aux coutumes de Boulonnais et d'Artois :

« Si un héritage (dit le premier) a été vendu sans Nécessité jurée, on présume justement que le vendeur n'a aucune nécessité de vendre.

« Lorsque le contrat (dit le second) ne contient pas l'affirmation du besoin ni l'expression de la nécessité, on doit présumer que le contractant n'avait pas besoin de vendre, parceque, lorsque nous ne faisons pas les déclarations qui ne dépendent que de nous, nous sommes censés n'être pas aux termes de ces déclarations ».

Cette observation s'applique aussi aux coutumes de Ponthieu et de Montreuil, dont les art. 24 et 90 veulent expressément que la nécessité, en vertu de laquelle ils permettent d'aliéner, soit *jurée*.

A l'égard des coutumes qui ne prescrivent pas cette forme, Dulaury soutient qu'elle n'y est pas de rigueur, et qu'il ne faut, pour y faire valoir les aliénations, que « la vérité d'une » nécessité effective, dont la preuve peut être » faite par toutes les voies permises de droit, » et non-seulement par serment qui sert plu- » tôt de preuve subsidiaire que d'ordinaire...., » étant d'ailleurs contre la disposition du droit » écrit d'obliger à serment celui qui peut » prouver, suivant les interprètes sur la loi 9, » C. *de rebus creditis* ».

Il y a même des coutumes qui permettent expressément au vendeur de faire preuve de sa nécessité par toute autre voie que le serment.

Telle est celle de la cour féodale de Bergues-Saint-Winock : « Personne ne pourra » vendre ni engager par des ventes, nuls fiefs » de patrimoine, si ce n'est pour nécessité dû- » ment apparue à la cour par le serment du » vendeur ou de celui qui engage, *ou autre- » ment*, au contentement des hommes de fief » de ladite cour ».

Celle de Bailleul en dispose de même : « L'on » ne peut vendre ni changer aucuns fiefs pa- » trimoniaux que... pour nécessité dont les » hommes de fief soient suffisamment infor- » més *par serment* ou *autrement* ».

Celle de la cour féodale de Courtrai porte également que « personne ne peut aliéner ni » engager son fief ou ses fiefs qui ont fait sou» che, si ce n'est.... par nécessité dûment prou» vée et notifiée aux hommes de fief, ou du » moins affirmée par le serment du vendeur ou » de celui qui l'engage ».

Les coutumes de Cassel et de Ninove s'expliquent à-peu-pres dans les mêmes termes.

Celle d'Ypres demande seulement qu'il y ait *preuve de la nécessité dûment apparue à la cour.*

III. Le serment de nécessité peut-il être prêté, ou les preuves qui en tiennent lieu dans les cinq coutumes citées, peuvent elles être fournies après que l'aliénation est consommee?

Dulaury soutient l'affirmative; et il semblerait à l'entendre, que le grand conseil de Malines l'eut ainsi jugé par un arrêt de 1626, qui sera rapporté ci-apres. Mais les biens dont il était question dans l'espèce de cet arrêt, étaient régis par l'ancienne coutume d'Alost, qui, parlant de nécessité sans prescrire aucune forme pour en faire la preuve, paraissait ne desirer, pour la validité de l'aliénation, que la certitude des besoins du vendeur, de quelque manière que la preuve en fût acquise. On peut donc assurer que cet arrêt laisse notre question entière.

Maillart la décide tout autrement que Dulaury; « Si, après le contrat parfait (dit-il), » l'acquéreur faisait affirmer le vendeur sur » son besoin...., cela ne vaudrait rien, parce» que le défaut d'affirmation et de preuve de » la nécessité du vendeur, trouvé dans le » contrat, produit une action en nullité aux » héritiers, laquelle ne leur peut pas être » otée sans leur propre fait: c'est ainsi le cas » de la règle: *ce qui est une fois vicieux*, » *l'est toujours*. Les termes *qu'elle soit faite*, » dont use l'art. 76 de la coutume d'Artois, » et qui désignent un temps present, confir» ment ce sentiment: la preuve de la néces» sité doit donc être dans l'acte même ».

Mais n'y a-t-il pas trop de subtilité dans cette opinion? Et ne serait-il pas plus raisonnable et plus juste de dire, avec Dulaury, « que les coutumes, par leur disposition, ne » buttent à autre fin, sinon que la vente ne se » fasse pas en fraude de l'heritier », et que, « par conséquent, on remplit aussi bien leurs » vues par un serment prêté après qu'avant » l'aliénation?

Développons cette idée.

Il y a, dit Boullenois (*Traité des statuts réels et personnels*, tome 1, page 468) « des » actes qui, à défaut de certaines choses, » sont nuls, mais dont la nullité peut cesser; » et d'autres, qui sont nuls d'une nullité irré» vocable, selon que ces choses appartien» nent à la forme intérieure ou extérieure ».

Ainsi, l'aliénation que fait un tuteur du bien de son pupille, sans décret de justice, est nulle dans son principe; mais elle peut être validée dans la suite, soit par un décret donné postérieurement, soit par le laps d'un certain temps après la majorité, parceque la solennité du décret appartient, non à la substance, ou, comme dit Boullenois, à la *forme intérieure* de l'aliénation, mais à la conservation des intérêts du pupille, et conséquemment, à la *forme extérieure*. Par la raison contraire, l'obligation contractée par une femme, sans l'autorisation de son mari, ne peut pas être validée par une autorisation subséquente: on sent, en effet, que cette formalité ne tend qu'à tirer la femme de son incapacité d'état; ce qui la rend nécessairement intérieure, substantielle, et, pour ainsi dire, viscérale. [[*V.* l'article *Autorisation maritale*, sect. 6, §. 3.]]

Cela posé, il ne reste plus qu'à examiner si le serment de Nécessité doit être considéré, dans l'aliénation d'un propre, comme une forme intrinsèque, ou s'il doit l'être comme une solennité extérieure. Au premier cas, il faut qu'il intervienne dans l'acte même d'aliénation; dans le second, rien n'empêche qu'il ne soit prêté après.

Que ce serment soit une formalité purement extérieure, c'est une vérité qui porte sa preuve avec elle-même. Il n'est pas requis pour donner à l'acte sa forme substantielle et constitutive, mais seulement pour rassurer l'héritier patrimonial contre les fraudes dont il pourrait être la victime: on peut le comparer au décret de justice qui intervient dans l'aliénation d'un fonds pupillaire: ce décret ne donne pas à la vente sa perfection intrinseque; il ne fait qu'en constater la nécessité et garantir le mineur de toutes surprises; et comme il n'empêche pas que l'aliénation ne soit attaquée, si, dans la suite, on vient à découvrir qu'elle préjudicie notablement aux intérêts du mineur; de même aussi le serment dont nous parlons, ne forme, ainsi qu'on le verra ci-après, aucune fin de non-recevoir contre les revendications de l'héritier patrimonial, quand on rapporte des preuves écrites de la fraude et des manœuvres employées contre lui. Il y a donc une analogie parfaite entre le décret requis en matière d'aliénation de biens pupillaires, et le serment que prescrivent quelques coutumes, relativement à la disposition de certains immeubles; et puisque l'un peut être

donné après coup, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même de l'autre.

D'ailleurs, et c'est la principale raison de Dulaury, on prouvera dans le §. 7 de cet article, que le consentement de l'héritier patrimonial à l'aliénation, supplée au défaut de Nécessité jurée, ou, comme s'exprime ce magistrat cité, « *que le consentement de l'héritier et la Nécessité sont deux moyens égalés par les coutumes.* Par conséquent (pouvons-nous dire avec lui), « tout de même que le » consentement de l'héritier peut être donné » après la vente, ainsi le serment se peut faire » *ex post facto*...., n'y ayant pas de raison » pour laquelle il aurait moins de privilège » que le consentement de l héritier : *Eu quæ* » *sunt ejusdem naturæ, eodem jure regun-* » *tur* ».

IV. Faut-il que le serment de Nécessité soit prêté devant les juges fonciers qui président au nantissement de la vente, ou suffit il qu'il le soit entre les mains des notaires qui reçoivent le contrat?

Le premier parti est adopté par quelques coutumes de Flandre, et surtout par celle de la cour féodale de Bruges : voici comment elle s'exprime, rubr. 7, art. 3 : « Le vassal peut » vendre ou charger son fief de souche, pourvu » qu'il déclare qu'il fait la vente ou l'engage- » ment par nécessité, et non pour frauder » son héritier par ce moyen, en revêtant sa » déclaration de son serment par-devant les » hommes de fief ».

La coutume de la cour féodale de Furnes, tit. 7, art. 3, oblige également « le vendeur » d'affirmer sommairement en la cour sa né- » cessité ».

C'est dans le même sens que l'on doit interpréter les coutumes de Cassel, de la châtellenie d'Ypres, de Ninove, de la cour féodale de Courtrai, de Bailleul, et de la cour féodale de Bergues, puisqu'elles exigent *qu'il apparaisse aux hommes de fief de la nécessité du vendeur, par son affirmation ou autrement.* Si c'est aux juges que doit être fournie la preuve de la nécessité, il est clair que c'est devant eux qu'elle doit être faite; autrement, ce ne serait pas cette preuve, mais l'attestation du notaire, portant qu'elle a été remplie lors du contrat, qui leur ferait connaître les besoins du vendeur; et cette attestation, quoique mise sous leurs yeux, ne satisferait pas au vœu de la coutume. Quand une loi requiert une preuve quelconque, il ne suffit pas, pour remplir sa disposition, de rapporter un acte dans lequel il est énoncé que cette preuve a été faite : la loi dernière, *D. de probationibus*, et la novelle 119, chap. 3, le décident expressément ainsi.

En Artois, en Boulonnais et en Ponthieu, le serment de nécessité se prête toujours devant les notaires qui interviennent au contrat; et l'on peut en user de même dans les parties de la Flandre flamande où il n'y a point de coutume contraire. C'est un des points jugés par les arrêts rapportés ci-après. §. 4, qui ont confirmé l'aliénation faite par Henri IV, de la baronnie de Rhodes, dans l'ancienne coutume d'Alost. On objectait, de la part de Louis XIII, que le serment de nécessité n'avait point été prêté devant les hommes de fief de la cour féodale d'où relevait cette terre; mais, dit Dulaury, §. 162, « on n'eut aucun égard pour » cette objection, vu que le serment ne se fait » pas pour obtenir du seigneur la licence de vendre le fief; car le consentement ou congé du » seigneur n'est pas requis par les coutumes; de » sorte qu'il n'est pas besoin qu'il soit fait pré- » cisément en sa cour, mais il se peut faire là » où le vendeur le trouve à propos, considéré » qu'il est requis uniquement pour respect de » l'héritier apparent, et qu'il est admis même » après la déshéritance ou adhéritance ».

V. Ce serment peut être prêté par procureur, même dans les coutumes qui établissent les juges du seigneur dominant, ministres exclusifs de sa prestation. Ce que porte à ce sujet l'art. 3 du tit. 7 de la coutume de la cour féodale de Bruges, mérite une attention particulière : « en revêtant sa déclaration de son » serment par-devant les hommes de fief, en » personne, ou par procureur ayant une pro- » curation spéciale à cet effet, contenant l'acte » de la prestation dudit serment fait première- » ment par-devant la loi », c'est-à-dire, devant les juges domiciliaires du vendeur.

La forme dans laquelle cet article ordonne de passer ces sortes de procurations, revient à ce que prescrit le style du parlement de Flandre, chap. 1, art. 32, relativement aux interrogatoires sur faits et articles : la partie assignée, porte ce texte, « pourra envoyer » procuration spéciale à ces fins, contenant » le serment par elle prêté par-devant le juge » de sa demeure, et le pouvoir de le réitérer » et jurer en son âme sur lesdits faits ».

VI. Les coutumes n'ont rien réglé sur la formule du serment de Nécessité que doit prêter le vendeur ou son fondé de pouvoir.

Celle de la cour féodale de Furnes veut seulement, tit. 7, art. 4, « qu'il soit fait de » telle sorte que le vendeur déclare n'avoir » point d'autre bien, soit meuble ou immeu-

» ble, ou fief d'acquêt, pour subvenir à la » Nécessité ».

Le Camus d'Houlouve dit « qu'on est assez » dans l'usage en Boulonnais, dans les contrats » de vente par Nécessité jurée, d'en exprimer » la cause, en faisant dire au vendeur que c'est » pour payer ses dettes, ou subvenir à ses » affaires, ou faire son profit meilleur. Mais » (ajoute cet interprete), pareille déclaration » de sa part n'est pas indispensable; il lui » suffit d'alléguer la Necessité où il est de » vendre, et de l'affirmer sans être obligé d'eu » exprimer la canse, sur laquelle la coutume » s'en rapporte à lui-même et à sa bonne foi ».

La vente que fit Henri IV, en 1602, de la baronnie de Rhodes, donna lieu à une question intéressante sur cette matiere. Ce monarque s'était exprimé en ces termes, dans un acte de ratification du 9 juillet de la même année: « Laquelle vente a été faite par notre extrême » Nécessité, que nous jurons, en foi de roi et » de prince, n'ayant autre plus prompt moyen » de recevoir argent pour satisfaire à aucunes » de nos dettes plus urgentes et pressées ». Louis XIII prétendit dans la suite que ces paroles ne renfermaient par une vraie prestation de serment, et que par conséquent la vente était nulle; mais ce moyen ne fut pas accueilli: « On considéra beaucoup (dit Du» laury) la qualité de Sa Majesté très-chré» tienne, vu que, pour l'excellence et le res» pect qu'on doit aux princes, leur affirmation » vaut serment.... ; et quoique ledit roi ne soit » en ce pays que vassal, par rapport à la ba» ronnie en question, c'est toujours une chose » assurée que le serment étant personnel, la » dignité de sa personne l'accompagne partout, » en sorte qu'il ne doit jurer qu'en roi, et non » *in formâ communi* ». (*V.* ci-après, §. 4, nº. 1).

Cuvelier rapporte un autre arrêt qui prononce sur une question semblable, mais dans des circonstances différentes. Il s'agissait de savoir si l'on devait regarder comme un serment une déclaration par laquelle Louis de Clèves, comte d'Auxerre, avait hypothéqué la terre de Pondrouwart, à une rente annuelle de 500 livres, *pour le mieux, afin d'éviter son plus grand dommage, et s'aider des deniers capitaux en ses urgentes Nécessités*. Les héritiers du créancier soutenaient « que telle dé» claration et assertion devait suffire, dans un » prince auquel la distraction de ses meubles » et de sa vaisselle ne serait décente, ni aussi » autre précise affirmation de pauvreté ». Les officiers de la cour féodale de Furnes jugèrent, nonobstant cette prétention, que l'hypothèque etait nulle, faute de serment; et l'on verra ci-apres, §. 6, nº. 2, que leur sentence, après avoir été réformée par le conseil provincial de Gand, fut confirmée en ce point par le grand conseil de Malines.

VII. Dans les coutumes d'Artois, de Montreuil, de Ponthieu et de Boulonnais, il ne suffit pas que le vendeur affirme par serment la Nécessité qui le force d'aliéner: il faut encore que son affirmation soit certifiée par deux témoins dignes de foi. « Les dépositions de » deux témoins (dit Maillart) font preuve » suffisante de la Nécessité du vendeur, lors» qu'elles portent que les témoins ont bonne » connaissance des affaires du vendeur, sans » s'expliquer davantage, parcequ'il n'est pas » raisonnable de faire le détail des affaires » d'une famille, ni d'en etablir les besoins par » le menu ».

Les quatre coutumes dont il s'agit, n'obligent pas expressement les témoins de certifier par serment la connaissance qu'ils ont de la nécessité du vendeur; et les notaires de la sénéchaussée de Ponthieu ont donné, le 2 août 1734, un acte de notoriété, portant qu'il n'est point d'usage dans leur pays de les faire jurer.

Cet usage nous paraît légitime: à quoi bon, dans une matière aussi rigoureuse, exiger une formalité que les coutumes n'ont pas prescrite? C'est bien assez d'exécuter à la lettre toutes les régles qu'elles ont établies. D'ailleurs, en disant que la nécessité doit être *jurée par le vendeur, et prouvée par deux témoins*, elles font clairement entendre que le vendeur seul est tenu de prêter serment; et si telle n'eût pas eté leur intention, elles n'auraient employé que les mots, *jurée par le vendeur et par deux témoins*. Il est vrai qu'un arrêt rendu le 3 septembre 1734, à la première chambre des enquêtes du parlement de Paris, a déclaré nulle, jusqu'à concurrence de quatre quints, une vente de propres sitnés en Ponthieu, que l'on attaquait par le defaut de serment de la part des témoins; mais il y a apparence, comme le remarque Denisart en rapportant cet arrêt, que la cour ne s'est point tant déterminée par ce moyen, que par certaines *circonstances qui faisaient présumer une fraude à la loi*.

Duchesne, sur la coutume de Ponthieu, et Le Camus d'Houlouve, sur celle de Boulonnais, décident que les témoins requis pour la validité de l'acte, lorsqu'il n'est reçu que par un notaire, peuvent aussi être témoins de la nécessité du vendeur; et en effet, il n'y a ni raison ni loi qui etablisse la moindre incompatibilité entre l'une et l'autre fonctions.

Quoique les coutumes dont il s'agit, exigent

que les témoins soient dignes de foi, tout ce qui résulte de là, c'est que l'on ne peut pas, en cette matière, admettre pour témoins des personnes incapables de déposer en justice; du reste, on regarde comme valables les aliénations dont la Nécessité est certifiée par des parens et alliés, ou même par des serviteurs et domestiques des vendeurs. Maillart rapporte un arrêt du 13 mars 1731, « rendu au » rapport de M. Palu, à la grand'chambre, » confirmatif de la sentence du sénéchal de » Ponthieu, qui rejette le reproche opposé à » un témoin, qu'il était beau-frère du ven- » deur, à cause de sa seconde femme ».

Le même auteur fait mention d'un contrat passé à Arras, le 15 avril 1547, « où la né- » cessité de vendre était affirmée par l'oncle » maternel du vendeur de la seigneurie du » Vert-Bois-lez Montreuil, située en Boulon- » nais ».

Le Camus d'Houlouve parle, d'après Duchesne, « d'une enquête par turbes, de 1606, » dont il résultait que la Nécessité jurée était » suffisamment attestée par deux domestiques, » l'un page et l'autre cuisinier du vendeur : et » en effet (ajoute-t-il), des parens et domes- » tiques, quand ils sont irréprochables, peu- » vent connaître mieux que personne, les » affaires de leur parent ou de leur maître, » et attester la nécessité qui les détermine à » faire une aliénation ».

Brodeau, sur l'art. 19 de la coutume de Ponthieu, dit pareillement que « la nécessité de » vendre est suffisamment et valablement » prouvée par deux témoins, bien que domes- » tiques; comme, par exemple, par le maître » d'hôtel, le secrétaire du vendeur, lesquels » savent mieux les affaires de la maison qu'au- » cun autre, encore que régulièrement la dé- » position des serviteurs et domestiques soit » rejetée. Jugé *in terminis hujus consuetudi- » nis*, après enquêtes par turbes, par arrêt » donné en la chambre de l'édit, le.... avril » 1602, au rapport de M. Legrand, touchant » la vente des quatre quints en la moitié de » la terre de Novion ».

§. IV. *Le serment de Nécessité, prêté par le vendeur, au moment de l'aliénation, exclud-il toute preuve contraire?*

I. La négative ne paraît, au premier abord, susceptible d'aucune difficulté. Il semble que la coutume, en exigeant le serment d'un homme qui aliène ou qui charge son bien, suppose nécessairement que cet acte religieux n'a point le mensonge pour base. Ne serait-il pas absurde, en effet, qu'une loi se jouât ainsi de ce que la religion a de plus respectable, et qu'un homme, disposé à franchir toutes les barrières de la morale, eût les mains libres pour aliéner et charger ses propres, tandis qu'un autre, dont la conscience n'envisagerait le crime qu'avec horreur, se verrait toujours enchaîné dans les liens d'une impuissance légale? Non; les coutumes de Flandre, d'Artois, de Picardie, ne peuvent pas favoriser de pareils abus, et ils ne sauraient être autorisés que dans les sociétés de brigands. Toutes les lois ne nous disent-elles pas que le serment, pour être valable, doit avoir la vérité pour compagne : *juramento tres adsint comites : veritas, justitia, judicium*; et que jamais il ne peut servir d'appui à une injustice : *juramentum non debet esse vinculum iniquitatis*? Tous les auteurs ne décident-ils pas, d'une voix unanime, que le serment déféré par la loi, n'exclud jamais la preuve contraire? *Statutum disponens quòd stetur juramento alicujus, semper intelligitur, nisi contrarium probetur*, dit Alexandre, tome 6, conseil 16; et Tiraqueau, *de retractu gentilitio*, §. 4, gl. 1, établit, avec une foule de docteurs qu'il cite, que *ubicumque legis vel statuti dispositione defertur juramentum, potest nihilominùs probari contrarium, etsi lex vel statutum diceret stari juramento.*

D'un autre côté, quels inconvéniens ne produirait pas la faculté d'arguer de faux un serment de nécessité? « Si cette preuve était » permise (dit Dulaury, §. 162), on ne pour- » rait aisément trouver des acheteurs; car » ceux-ci, qui se confient ordinairement au » serment du vendeur, et ne peuvent savoir » le fond de ses affaires, seraient dé̄ns conti- » nuellement *sub juris auctoritate*. Au reste, » il y a grande différence à faire entre les au- » tres solennités et celle-ci; car, aux autres, » l'acheteur peut veiller à ce qu'elles y inter- » viennent; mais il lui est impossible de savoir » si le serment du vendeur est vrai ou faux, » puisque ce n'est pas à l'acheteur de se mêler » curieusement des biens que le vendeur pos- » sède ».

Les coutumes de Mons et de Valenciennes nous offrent un exemple frappant de la force du serment en ces sortes de matières. Suivant ces lois, un mari ne peut aliéner le bien de sa femme, même avec son consentement, qu'en jurant qu'il ne possède lui-même ni héritages ni rentes immobilières dans leurs territoires respectifs; et cette affirmation est si puissante, que, quand même elle serait fausse, l'acte qui en est revêtu, n'en subsisterait pas moins. *V.* l'article *Condition de Manbournie.*

Les tribunaux des coutumes de Nécessité

jurée ont, dans tous les temps, réglé leur jurisprudence sur ces considérations majeures.

Le 28 août 1563, le 6 mars 1572, le 20 septembre 1613 et le 6 septembre 1614, le conseil provincial de Gand a jugé, « qu'il suffit, » pour la validité d'une aliénation d'un fief en » Flandre, que la nécessité soit jurée, sans » qu'on doive entrer en la discussion si le ser» ment est véritable ou point ». Ce sont les termes de Dulaury.

Ce magistrat et Cuvelier nous retracent un arrêt du grand conseil de Malines, qui a jugé la même chose dans les circonstances les plus remarquables.

Le 8 février 1602, le roi Henri IV avait vendu à Simon Rodriguez de Vega, la baronnie de Rhodes, située dans la commune d'Alost; la vente avait été suivie d'un acte du 9 juillet de la même année, par lequel ce monarque avait juré, *en foi de roi et de prince*, qu'il l'avait faite *pour son extrême Nécessité*. Après sa mort, Louis XIII se pourvut devant le grand conseil de Malines, en revendication de cette terre; et entre autres moyens, offrit de prouver que son père n'avait pas été dans le besoin; mais sa demande fut rejetée par arrêt du 23 juin 1626.

Les conquêtes de Louis XIV ayant fait passer momentanément la baronnie de Rhodes sous la domination française, le procureur général d'une commission particulière fit renaître la contestation jugée par cet arrêt, et demanda pareillement à faire preuve que le roi Henri IV n'avait point été dans la Nécessité de vendre ses biens; mais par arrêt du conseil du 16 février 1694, les successeurs de Rodriguez de Vega furent maintenus dans la possession et propriété de la terre acquise par leur auteur.

La jurisprudence du parlement de Paris est conforme à celle des tribunaux flamands.

L'arrêt le plus ancien que l'on en connaisse, est rapporté en ces termes par Brodeau, sur l'art. 124 de la coutume de Boulonnais : « La » fraude ne peut se vérifier.... par témoins qui » ne peuvent pas déposer contre le contrat, » quand même les deux témoins qui ont dé» posé en icelui de la Nécessité, déposeraient » du contraire. Jugé en cette coutume, par » arrêt infirmatif de la sentence du sénéchal » de Boulonnais, donné en la chambre de » l'édit, le 23 mai 1649, conformément aux » conclusions de M. l'avocat général Talon ».

Le second arrêt est du 10 mai 1738. La dame de Bousies, octogénaire et moribonde, avait vendu au marquis d'Aoust, son légataire universel, pour cent mille livres de propres, situés en Artois, et cela par Nécessité jurée et certifiée de deux témoins. Elle était morte peu de temps après le contrat. Comme le prix de la vente se trouvait tout entier dans la succession, la dame de Mouchy, héritière patrimoniale, s'est présentée pour le revendiquer; elle a soutenu que la vente avait été faite sans aucune espèce de besoin; que la dame de Bousies jouissait, au moment de sa murt, de plus de 15,000 livres de rentes, et n'avait pas pour 2,000 livres de dettes; que, d'ailleurs, l'existence du prix dans les coffres de la defunte, formait une preuve invincible qu'elle n'avait aliéné ses propres que pour enrichir un légataire universel des dépouilles de l'héritier du sang. Le marquis d'Aoust a répondu que la coutume n'exige pas d'autre preuve de la Nécessité du vendeur que son serment, appuyé de la déclaration de deux témoins; que, par conséquent, on doit s'en tenir là, plutôt que de reputer un vendeur parjure, pour satisfaire l'avidité de son héritier. Par l'arrêt cité, rendu à la seconde chambre des enquêtes, au rapport de M. de La Michodière, la cour a confirmé la sentence du conseil d'Artois du 14 juin 1733, qui avait débouté la dame de Mouchy de sa demande.

Le troisième arrêt a été rendu à la grand'chambre, au rapport de M. Severt, le 20 août 1749. Madeleine Legrand avait, par un testament du 15 octobre 1744, nommé pour sa légataire universelle la demoiselle Fontaine, sa nièce, avec laquelle elle avait presque toujours demeuré. Le 16 novembre 1747, elle lui vendit cent trente journaux de biens propres qu'elle avait en Ponthieu, pour le prix de quinze mille livres. Le contrat portait quittance de dix mille livres; et quoique la venderesse fût morte quatre jours après avoir signé, il ne se trouvait que la moitié de cette somme dans sa succession. La sœur aînée de la demoiselle Legrand demanda que cette vente fût déclarée nulle, comme simulée, ne renfermant au vrai qu'une donation *in extremis*, et faite sans Nécessité, ce qu'elle offrit de prouver. Mais l'arrêt ordonna purement et simplement l'exécution de l'acte.

Le quatrième arrêt est du 17 août 1759. François Spiridion de Louvencourt avait, par son testament du 2 septembre 1730, légué à Jacques de Louvencourt, son neveu, tout ce qu'il possédait de biens libres dans la coutume de Ponthieu; et depuis, le 29 mars 1731, il lui avait fait donation entre-vifs, avec réserve d'usufruit, de la portion de sa terre d'Inval, qui était régie par la coutume d'Amiens. Le 22 janvier 1732, il vendit à Anne Romanet, mère de Jacques de Louvencourt, par Néces-

sité jurée et certifiée de deux témoins, la nue propriété de la portion de la même terre qui était située en Ponthieu, pour le prix de 12,000 livres. Il mourut le 2 octobre 1740. Trois mois après, Anne Romanet maria Jacques de Louvencourt, et lui fit donation de la partie du fief d'Inval qu'elle avait acquise par le contrat dont on vient de parler. Le 8 avril 1745, Jeanne-Henriette-Agathe de Louvencourt, épouse du sieur de Bouillancourt, sœur du défunt, et son unique héritière quant aux propres de Ponthieu, fit exploiter une mise de fait sur cette même partie, pour en faire déclarer la vente nulle; elle soutint que l'acte du 22 janvier 1732 n'était qu'une libéralité défendue par la coutume, et déguisée sous le nom de vente; que le testament de 1730, la donation de 1731 et le contrat de mariage de 1741 prouvaient que la dame de Louvencourt n'était qu'une personne interposée pour faire passer à son fils la totalité des biens qui n'avaient pu lui être légués directement; que cette preuve était d'autant plus claire, que, dans les matières susceptibles de fraude, la proximité des actes et leur multiplicité en faisaient présumer juridiquement le concert frauduleux; que, d'ailleurs, il n'y avait dans l'état des affaires du sieur de Louvencourt, rien qui l'obligeât à vendre son patrimoine; qu'il avait fait un faux serment; et qu'ainsi, la vente était destituée de la cause qui pouvait seule la rendre légitime aux termes de la coutume. Ces moyens furent adoptés par les officiers de la sénéchaussée de Ponthieu; mais, sur l'appel, arrêt est intervenu à la seconde chambre des enquêtes, au rapport de M. de La Guillaumie, par lequel la sentence a été infirmée, et la dame de Bouillancourt déboutée de sa mise de fait.

Il y a un cinquième arrêt du 21 août 1761, qui a été rendu à la grand'chambre, au rapport de M. Ternay; il est cité par Le Camus d'Houlouve, sur la coutume de Boulonnais, tome 2, page 278.

Le parlement de Flandre en a rendu un semblable le 14 février 1775, au rapport de M. Maloteau.

En 1769, la veuve Boniface vendit, par Nécessité jurée, une certaine quantité de propres féodaux qu'elle possédait en Artois. Après sa mort, ses arrières-petits-enfans demandèrent leur légitime à titre de représentans de leur grand'mère, sa fille aînée. Comme cette portion devait être d'un dixième dans les meubles et les rotures, et de quatre dixièmes dans les fiefs, on a demandé si, pour en déterminer la quotité, il fallait considérer les fiefs vendus comme existans encore dans la succession, ou s'il ne fallait faire attention qu'aux prix que la défunte avait tirés de la vente de ces biens. On convenait que la veuve Boniface n'avait pas été dans la Nécessité de vendre : il ne s'agissait donc que de savoir si la vente, revêtue du prétexte de Nécessité jurée, devait être regardée comme non avenue, par rapport à la fixation de la légitime.

Les légitimaires disaient qu'elle avait été faite en fraude du droit d'aînesse qui appartenait à leur aïeule; que, suivant l'art. 34 de l'ordonnance de 1731, la légitime doit être formée eu égard aux biens compris dans les donations que le défunt a faites, de la même manière que s'il les avait laissés dans sa succession : que, par conséquent, le prix de la vente des propres féodaux devait être distrait de la succession mobilière, de même que, pour éviter un avantage indirect en faveur de celui des conjoints qui survit l'autre, on distrait de la communauté conjugale le prix des propres aliénés. Ils ajoutaient que, si la jurisprudence autorise un propriétaire à qui la loi ne donne que des collatéraux pour héritiers, à convertir ses biens propres en deniers, par le moyen d'une vente dont la Nécessité est le prétexte, il n'en doit pas être de même d'un père à l'égard de ses enfans, parceque ceux-ci ont droit à une légitime, et que le taux de cette portion est déterminé par la nature des biens qu'il possédait de son vivant.

La demoiselle Boniface, héritière, a opposé à ces moyens une défense très-adroite :

« La défunte (disait-elle) a vendu par Nécessité; elle l'a juré : son affirmation doit fermer la bouche à ses successeurs. Ce n'était pas, il est vrai, une Nécessité de misère, mais simplement de convenance, telle que la loi l'exige, et, comme dit la coutume de Warneton, *pour mieux faire que de laisser*. On aura peine à se persuader que des pères ou des mères, qui s'aperçoivent que la nature de leurs biens mettra une trop grande différence entre leurs enfans dans le partage que feront ceux-ci, ne puissent point y remédier par la vente de quelques-uns de leurs fiefs. Il semble, au contraire, que le sentiment naturel y porte, et ce sentiment n'est contredit par aucune loi. En vain prétendrez-vous que j'ai vendu en fraude du droit d'aînesse ou de la légitime; non, pourquoi me prêter des vues odieuses? Je n'ai envisagé que le bien général de ma famille, et j'ai employé, pour rendre tous mes enfans égaux, une voie que la coutume n'a pas trouvé à propos de m'interdire.

» On ne doit pas comparer cette intention sage et prévoyante d'un père de famille, à la

manœuvre intéressée de deux conjoints qui cherchent à dénaturer leurs biens, pour s'en faire des avantages. Ces époux ne peuvent avoir qu'un but, celui de frauder la loi; et ce but est répréhensible. Les pères et les mères sont toujours censés n'agir que par un désir naturel de pourvoir également aux besoins et au bonheur de leurs enfans. Les conjoints sont liés par des défenses expresses de s'avantager directement ou indirectement : s'ils font des efforts pour éluder ces sages dispositions, est-il surprenant que la loi venge son autorité méprisée, en détruisant leur ouvrage? Mais il n'y a point de loi qui défende aux pères et aux mères de se servir des voies généralement autorisées, pour régler la fortune de leurs enfans, selon leur prudence ».

Par l'arrêt cité, le parlement de Flandre a adjugé aux légitimaires un dixieme du prix des fonds féodaux vendus par la veuve Boniface, et a conséquemment décidé que la vente par Nécessité jurée ne peut pas plus être impugnée en ligne directe qu'en ligne collatérale.

II. Il ne faut pas cependant inférer de tous ces arrêts, que l'on ne puisse jamais réclamer contre une vente revêtue du serment de Nécessité. Nous l'avons déjà dit : la principale raison qui fait rejeter ces sortes de réclamations, est que les acheteurs ne sont pas obligés de connaître l'état des affaires de ceux qui vendent; que, par conséquent, ils doivent s'en rapporter au serment prescrit par la coutume; et qu'ainsi, on ne pourrait admettre la preuve de la fausseté de ce serment, sans porter les plus grandes atteintes à la sûreté du commerce. Mais cette raison peut-elle empêcher que l'héritier des propres ne soit écouté, lorsqu'il fait voir, soit par le contrat même, soit par des preuves écrites ou des indices indubitables, que le vendeur n'a eu d'autre motif que de disposer en fraude de la coutume? Quel ménagement peut mériter l'acquéreur dans le premier cas, lui qui a été le témoin et le complice de la manœuvre du vendeur? Et si, dans le second cas, il est juste de le maintenir dans son acquisition, lorsque sa mauvaise foi n'est pas prouvée, ne doit-on pas au moins accorder à l'héritier patrimonial une action pour répéter, de l'héritier mobilier ou du légataire universel, le prix des propres que le défunt n'a aliénés que pour grossir la masse de ses biens disponibles? Il est vrai que, parmi les arrêts dont nous venons de rendre compte, il s'en trouve quelques-uns qui ont jugé que la vente est inattaquable dans ce cas, comme dans tout autre; mais, on ne craint pas de le dire, ces arrêts ont été trop loin, et il y en a plusieurs autres qui ont adopté une décision toute différente.

Un homme vend un propre dont il tirait un revenu réglé, et au lieu d'en recevoir le prix comptant, il le laisse à rente à l'acheteur. Dans cette espèce, l'acte porte avec lui la preuve de la fausseté du serment de Nécessité; et la vente doit être déclarée nulle, comme elle l'a été effectivement par un arrêt du grand conseil de Malines, de l'année 1617, *uti arresto parlamenti Mechliniensis factum fuit anno 1617, in eo qui sub annuo reditu et non promptâ pecuniâ feudum vendiderat.* Ainsi s'exprime Christyn, tome 1, décis. 284.

« Encore que, par les coutumes de Flandre, la pauvreté jurée puisse suffire pour aliéner des fiefs, néanmoins le serment prêté à cet égard n'exclud pas les apparens hoirs féodaux de débattre l'aliénation de nullité, si, par indices et conjectures pressantes, ils peuvent montrer que l'aliénation serait faite en fraude de la succession apparente : ainsi jugé en la cause de la veuve Nicolas Désenfans, contre Charles et Marie de Buignies, le 10 septembre 1670 ». Ce sont les termes de M. le premier président de Blye, dans son recueil d'*Arrêts du parlement de Flandre*, n°. 2.

Cette jurisprudence n'est point particulière aux tribunaux des provinces belgiques; le parlement de Paris l'a confirmée par quatre arrêts solennels.

Le 10 août 1688, le sieur Mercier, dont tous les biens étaient soumis à la coutume de Ponthieu, vend ses propres par Nécessité jurée, à la mère de l'héritière présomptive de ses meubles et acquêts, moyennant une somme de 6,000 livres, payable un an après. Le 20 du même mois, il lègue tous ses meubles à son héritière mobilière, et par là lui assure le prix de ses propres. Après sa mort, l'héritier patrimonial demande la nullité de la vente; et, le 16 janvier 1691, arrêt de la grand'chambre qui la déclare nulle, sur les conclusions de M. l'avocat général Lamoignon. « La proximité de la vente et du testament (dit Le Camus d'Houlouve), les dispositions faites au profit de la mère et de la fille, que les lois réputent une seule et même personne, étaient des présomptions *juris et de jure* de la fraude; le délai d'un an pour payer le prix des propres, prouvait le défaut de Nécessité de vendre; et ce prix, qui tombait dans le legs universel, ne permettait point de douter que la vente fût autre chose qu'une donation déguisée ».

Le comte de Belleforière possédait en Artois la terre de ce nom, avec plusieurs fiefs qui en dépendaient; et ces biens lui étaient propres. Il ne pouvait, aux termes de la coutume, en disposer que jusqu'à concurrence d'un quint; les quatre autres quints devaient appartenir, après sa mort, à la comtesse de Morvilliers, sa nièce. Cependant il forma le projet de faire passer le tout à la dame de Sainte-Aldegonde et à la demoiselle de Louvignies qui étaient également ses nièces, mais non ses héritières présomptives. Dans cette vue, il fit d'abord un testament par lequel il leur légua le quint que la coutume laissait à sa disposition; ensuite, il vendit, par Nécessité jurée, les quatre autres quints aux sieur et dame de Sainte-Aldegonde, pour le prix de 120,000 livres. Le contrat portait quittance de 14,720 livres. Une partie du surplus était demeurée confuse dans la personne du vendeur pour l'usufruit qu'il s'était réservé, et l'autre avait été laissée aux acheteurs pour l'acquit des charges.

On reconnut bientôt que le quint non vendu devenait, pour le comte de Belleforière, un tout, dont la disposition qu'il en avait faite par son testament, serait réductible au quint; en conséquence, on fit former, contre lui, par les sieur et dame de Sainte-Aldegonde, une demande en licitation; et, sur cette instance, le comte de Belleforière lui vendit, par Nécessité jurée et par forme de licitation, le quint de la terre et de ses dépendances, moyennant 30,000 livres, dont 3570 livres demeurèrent confuses en sa personne, pour le prix de l'usufruit qu'il retenait; et le surplus fut constitué à son profit au denier vingt-cinq.

Le comte de Belleforière avait déclaré dans la première vente, qu'il entendait que son testament fût exécuté; après la seconde, il fit un codicille, par lequel il nomma la dame de Sainte-Aldegonde et la demoiselle de Louvignies ses légataires universelles. Cette disposition leur procurait, comme on le voit, la rente qui formait le restant du prix des biens vendus.

Après la mort du comte de Belleforière, la comtesse de Morvilliers, à qui il n'avait laissé qu'une tapisserie et une somme de 5,000 livres, a demandé la nullité de tous ces actes; et, par arrêt du 27 juin 1758, rendu à la troisième chambre des enquêtes, au rapport de M. Le Gars de Fremainville, la cour, en confirmant une sentence du conseil d'Artois, a déclaré le tout nul et de nul effet, sauf aux sieur et dame de Sainte-Aldegonde à se faire restituer les 14,720 livres, en affirmant les avoir payées.

On s'est pourvu au conseil contre cet arrêt, mais la requête a été rejetée.

« Ces ventes (dit Le Camus d'Houlouve) » n'ont été déclarées nulles, que parceque la » cour a reconnu que c'étaient des donations » déguisées et faites en fraude des dispositions » de la coutume d'Artois; et si le testament et » le codicille ont eu le même sort, c'est que » l'ensemble de tous les actes prouvait que » ceux-ci n'étaient que l'ouvrage de la suggestion ».

Le sieur Villecot de Beaucorroy possédait, dans la coutume de Boulonnais, des propres paternels et maternels, et n'avait point d'enfans. Le 21 avril 1746, il fit une donation entre-vifs de tous ses propres paternels et de tous ses acquêts au sieur Villecot de Rinxen, son cousin-germain et son plus proche héritier paternel, avec la réserve d'usufruit, et substitution au profit des enfans du donataire. Le 30 du même mois, il lui vendit, par Nécessité jurée, tous ses propres maternels, pour le prix de 50,000 livres *payables au fur et à mesure qu'il en aurait besoin*, et néanmoins sans aucun intérêt, attendu qu'il s'était réservé l'usufruit. Le 14 novembre suivant, il lui donna quittance de cette somme. Après sa mort, les héritiers maternels se sont pourvus à la sénéchaussée de Boulogne, pour faire déclarer cette vente nulle et frauduleuse; et elle a été déclarée telle par sentence du 2 août 1756, confirmée à la grand'chambre, le 28 août 1758, au rapport de M. l'abbé Terray. « La proximité de la donation et de la vente » faites aux mêmes personnes, et le défaut » de Nécessité actuelle dans le contrat de » vente dont le prix ne devait être payé qu'au » fur et à mesure que le vendeur en aurait be» soin, ont été une preuve suffisante de la » fraude de ces actes, qui ne tendaient qu'à » éluder la disposition de la coutume de Bou» lonnais, et dont il ne pouvait résulter qu'une » donation déguisée sous le titre de ven» te ». Ce sont les termes de Le Camus d'Houlouve.

Roussel de Bouret, sur la coutume d'Artois, tome 2, page 102, dit « qu'un arrêt tout récent » rendu en la troisième chambre des enquêtes, » au rapport de M. Le Febvre d'Amécourt, le 27 » juillet de l'année 1770, a déclaré nulles deux » ventes faites le même jour, avec expression » de Nécessité jurée, et suffisamment attestée, » de biens propres situés en Artois, l'une au » profit de la légataire universelle de la ven» deresse, l'autre au profit du frère de cette » légataire ».

Le même auteur rapporte une sentence du conseil d'Artois, du 4 mai 1767, qui déclare nulle « une vente faite le 4 novembre 1760, » de différentes pièces de terres patrimonia» les, par voie de la Nécessité jurée, au pro» fit du nommé Dereux et sa femme. Les » premiers juges avaient ordonné l'exécution » du contrat de vente, malgré les présomp» tions les plus violentes, et demi preuve par » écrit que le prix n'avait point été payé, que » l'acte était une donation déguisée sous la » forme d'une vente, et, malgré l'aveu du » nommé Dereux, dans ses réponses à un in» terrogatoire, qu'il lui restait à payer une » partie du prix, tandis que le contrat annon» çait que le prix avait été payé comptant, » sans qu'il apparût d'aucune contre-lettre. » Mais le conseil d'Artois, sans s'arrêter à » l'écorce de l'acte, et conformément aux sai» nes maximes, a déclaré le contrat nul, frau» duleux et simulé ».

Voici une espèce dans laquelle un arrêt plus récent a encore jugé de même.

La demoiselle Hérault s'était trouvée, après la mort de son père et de sa mère, propriétaire d'immeubles valant plus de 420,000 livres, et situés en partie dans la coutume de Ponthieu: elle avait successivement vendu tous ses propres, et elle venait encore de vendre la terre de Crevecœur située en Normandie, moyennant une somme de 188,800 livres. Elle avait en outre recueilli un mobilier de plus de 25,000 livres en argent comptant. Pensionnaire au couvent des Carmélites d'Amiens, où elle se disposait à faire profession, la demoiselle Hérault portait déjà l'habit du couvent, et les carmélites s'étaient chargées de la nourrir, tant en santé qu'en maladie, moyennant une donation de 16,000 livres qu'elle leur avait faite sous cette condition.

En cet état, par acte passé au couvent des Carmelites, le 3 août 1767, elle constitua le sieur Guignard, prêtre, vicaire de la paroisse de Saint-Jacques d'Amiens, et le sieur Tranel, marchand de la même ville, ses procureurs généraux, à l'effet de vendre tous ses immeubles, tant fiefs que rotures, régis par les coutumes de Ponthieu et d'Abbeville, moyennant *tels prix, charges et conditions loisibles aux procureurs constitués, sous la formalité de serment de Nécessité jurée par elle à l'instant de la procuration, et certifiée par deux témoins*

Cet acte fut suivi de la vente de tous les immeubles que la demoiselle Hérault possédait en Ponthieu; et le prix qui en provint, s'éleva à la somme de 138,316 livres.

On n'a pu avoir aucune connaissance de l'emploi de cette somme, non plus que de celles dont on a parlé, ni de 12,000 livres provenant de la vente faite au sieur Poilly, de la moitié de la terre de Lamonville.

Toutes ces ventes consommées, la demoiselle Hérault a disposé du prix qu'elle en avait touché, et a fait ensuite profession au couvent des Carmélites d'Amiens.

Alors, c'est-à-dire, au mois de février 1775, le sieur de La Rochette, son cousin-germain maternel, dépouillé par toutes ces ventes, des propres de sa ligne, a fait assigner les acquéreurs, singulièrement le sieur Poilly, qui avait acheté la moitié de la terre de Lamonville, en désistement des quatre quints des propres de son acquisition, « attendu le » défaut évident de la nécessité requise par la » coutume pour la validité des ventes des im» meubles ».

L'affaire a été appointée devant les premiers juges.

Sur l'appel au parlement de Paris, on a fait dépendre le jugement de la juste interprétation des termes de la coutume, et de la position où se trouvait la demoiselle Hérault, au moment de la vente de ces immeubles.

L'héritier de cette demoiselle a établi trois propositions:

La première, que la formalité du serment ne rend pas les ventes inattaquables, et qu'elles peuvent être annulées, lorsque la fausseté du serment et le défaut de nécessité sont suffisamment prouvées;

La seconde, que, dans le fait, les ventes faites par la demoiselle Hérault l'avaient été sans aucune espèce de Nécessité, uniquement en fraude de l'héritier et de la coutume;

La troisième, qu'en considérant même le serment prescrit par la coutume, comme une simple formalité, cette formalité n'avait pas été remplie dans la vente dont il s'agissait, puisqu'il n'avait été prêté que dans une procuration antérieure de beaucoup à cette vente, et que, dès-lors, il n'avait pu constater l'état de la Nécessité *in instanti* de la vente même, nécessité que la coutume exige impérieusement.

Par arrêt du 15 décembre 1778, le parlement de Paris a déclaré nulle, pour les quatre quints, la vente de la moitié de la terre de Lamonville, comme faite sans nécessité réelle, et en fraude de la coutume, et a condamné l'acquéreur à la restitution des fruits perçus, à compter du jour de la profession religieuse de la demoiselle Hérault.

III. Que conclure de la diversité de ces arrêts, dont les uns ont confirmé, et les autres annulé des ventes faites par Nécessité jurée? Une chose bien simple: c'est que la validité

ou la nullité de ces ventes, dépend du genre des preuves que l'on oppose au serment des vendeurs. « Quand aucun écrit ne prouve la » fraude (dit Le Camus d'Houlouve), aucune » présomption ne peut la faire supposer. » Quand au contraire on voit une suite d'actes » prochains qui emportent ce qu'on appelle » en droit présomption *juris et de jure* (1), ou » quand le contrat de vente qui est motivé » d'une nécessité, ne contient pas la preuve » d'une nécessité actuelle, par un paiement » réel et effectif, ou ne fait mention que d'une » nécessité future, comme dans le contrat de » vente faite par les sieurs de Beaucorroy, » alors la vente se trouve faite sans nécessité, » et en fraude de la prohibition de la cou- » tume; c'est pourquoi elle ne peut subsister ».

§. V. *Effets des aliénations faites sans Nécessité jurée.*

I. On a déjà remarqué, par les derniers arrêts rapportés dans le paragraphe précédent, que les aliénations de propres sont toujours nulles, lorsqu'elles n'ont pas pour fondement la *Nécessité*, qui, hors les cas spécifiés ci-après, §. 6, peut seule les autoriser aux yeux de la coutume. C'est ce qui a encore été jugé par deux arrêts du parlement de Paris, des 20 août et 4 septembre 1713. Le premier, dit Maillart, « déboute un particulier de la » mise de fait qu'il avait fait exploiter sur » deux mesures de prés, situés en la régale de » Térouane, vendues par un contrat qui ne » contenait pas de serment de nécessité ».

Mais par qui cette nullité peut-elle être alléguée?

Peut-elle l'être par le vendeur lui-même?

Peut-elle l'être par l'héritier présomptif qui a renoncé à la succession?

Peut-elle l'être enfin, par l'héritier qui a appréhendé des biens libres? Ce sont trois questions qui méritent d'être discutées.

II. Quelques auteurs ont pensé que les ventes de propres, destituées du serment de Nécessité, pouvaient être annulées à la demande de ceux même qui les avaient faites; et, ce qu'il y a d'étonnant, leur opinion a été adoptée par un arrêt du parlement de Paris. Voici comment s'exprime Brodeau sur l'art. 19 de la coutume de Ponthieu : « Les contrats ès- » quels la solennité prescrite par cet article, » savoir, la Nécessité jurée, n'est observée, » sont nuls et invalides, non-seulement à l'é- » gard de l'héritier, mais même du vendeur, » qui est recevable de venir contre son fait et » d'opposer la nullité de la coutume, sans que » l'acheteur puisse prendre contre lui aucuns » dépens, dommages et intérêts, parceque le » contrat est fait *vetante et prohibente lege municipali*, et comme tel est nul de plein » droit, et ne peut donner ouverture à aucune » action, cette solennité étant essentielle et » intrinsèque, comme il a été jugé en con- » firmant la sentence du bailli d'Amiens, du » 8 février 1612, par arrêt du lundi 5 janvier » 1615; et telle est la commune usance du » pays, confirmée par plusieurs sentences du » sénéchal de Ponthieu ».

Il n'est pas à craindre que de semblables décisions soient jamais érigées en jurisprudence. Tout le monde sait qu'il y a deux sortes de nullités, l'une absolue, l'autre respective; et que, si la première peut être alléguée par toute personne indistinctement, la seconde au contraire ne profite qu'à ceux en faveur de qui elle a été prononcée. Or, il est certain que la nullité des aliénations de propres faites sans Nécessité jurée, n'est point absolue, mais seulement respective. Ce ne sont point des considérations de bien public qui l'ont fait adopter par les coutumes de Flandre, d'Artois, de Montreuil, de Boulonnais et de Ponthieu; l'intérêt des héritiers du sang en a été le seul motif; et, par une conséquence nécessaire, les héritiers du sang sont les seuls qui puissent s'en prévaloir; tout autre est non-recevable à l'alléguer. C'est ce qu'enseignent Maillart et Le Camus d'Houlouve; et c'est ce qu'on juge constamment aujourd'hui dans les coutumes citées. Brunel rapporte une sentence du conseil d'Artois, du 21 mai 1707, par laquelle il a été décidé que le défaut de Nécessité jurée dans une vente de propres, « ne pouvait être alléguée par un » étranger ou tiers-acquéreur intéressé à faire » annuler la vente, n'y ayant (dit cet auteur) » que les héritiers des propres, en faveur des- » quels seuls la coutume a introduit cette for- » malité, qui soient en droit d'exciper du dé- » faut d'icelle ».

III. L'héritier présomptif qui a renoncé à la succession du vendeur, peut-il revendiquer les propres aliénés sans Nécessité jurée?

La négative ne peut souffrir aucun doute. Les coutumes n'ont interdit cette aliénation qu'en faveur des héritiers du sang; il faut donc être héritier pour en demander la nullité, et certainement on ne peut pas être considéré comme tel quand on a renoncé. C'est principalement sur ce motif qu'est fondé un arrêt de la grand'chambre du parlement de Paris, du 14 janvier 1777 rendu dans la coutume de

(1) Il paraît que Le Camus d'Houlouve ne savait pas ou avait oublié ce que signifient en droit les termes *præsumptio juris et de jure*. *V.* l'article *Présomption.*

Pontbieu, sur les conclusions de M. l'avocat-général Joly de Fleury, plaidans Target, Marmontant, Duvergier et Martinean: cet arrêt déclare le comte de Wargemont, qui avait renoncé à la succession de son père, non-recevable dans sa réclamation contre une vente que celui-ci avait faite par Nécessité jurée, de trois terres qui lui étaient propres.

IV. Mais la qualité d'héritier ne forme-t-elle pas une fin de non-recevoir contre la revendication que l'on voudrait faire d'un bien aliéné sans Nécessité?

Il faut distinguer: ou cette qualité est bornée aux propres dont une aliénation est interdite, ou elle comprend aussi les meubles, acquêts et autres biens disponibles.

Au premier cas, point de doute que l'héritier ne soit recevable à réclamer.

En vain lui opposerait-on la maxime, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*; car les héritiers des biens libres sont, à proprement parler, les seuls garans des aliénations illégales que le défunt peut avoir faites de ses propres. D'ailleurs, il est de principe, comme l'établit Stockmans, décis. 68, qu'un héritier n'est pas obligé d'entretenir les actes dont l'objet est de lui enlever le bénéfice d'une loi, lorsqu'il ne lui a pas été possible de jouir de ce bénéfice sans se déclarer héritier (1).

Mais, au moins, n'est il pas obligé de restituer aux acquéreurs le prix que le défunt a tiré de ses aliénations?

Denisart regarde la négative comme incontestable, et ne donne aux acquéreurs qu'un recours contre les héritiers des meubles et acquêts; mais cette opinion ne peut être admise que dans les coutumes qui n'accordent point aux créanciers d'un défunt une action directe contre les héritiers patrimoniaux: elle est absolument fausse par rapport à celles d'Artois, de Boulonnais et de Montreuil.

« L'acquéreur (dit Le Camus d'Houlouve) » ne peut être obligé de se désister du bien, » qu'il n'ait été remboursé des sommes par » lui payées; et la coutume assujétissant tout » héritier des propres à payer les dettes du » défunt, sauf son recours contre les héritiers » mobiliers ou le légataire universel, cet héritier des propres ne peut rentrer dans ceux » qui ont été mal aliénés, sans restituer le » prix qui en a été payé ».

La coutume d'Artois parait cependant contraire à ce que nous avançons: elle déclare, art. 189, qu'encore que l'héritier patrimonial soit tenu de payer les dettes du défunt, sauf son recours contre l'héritier mobilier, « néanmoins, en appréhendant seulement les » héritages patrimoniaux, il n'est tenu d'entretenir et garantir la vente et charge de l'héritage patrimonial que le trépassé avait vendu » ou chargé, sans l'observance de l'une des trois » voies, comme dette dûment contractée ».

Et en effet, Maillart conclud de cette disposition que l'héritier des propres peut faire déclarer l'aliénation nulle, et rentrer dans le bien, sans restituer le prix de la vente.

Mais c'est une erreur échappée à ce jurisconsulte.

« La vente (dit Brunel) doit être anéantie » faute de formalité; mais le prix n'en est pas » moins légitimement dû à l'acquéreur; personne n'a jamais douté que tel acquéreur » n'ait une action contre l'héritier des biens » libres de son vendeur, non-seulement pour » la restitution des prix, mais pour tous les » dépens, dommages et intérêts qui peuvent » résulter de l'éviction, parcequ'en cette » qualité, il est garant de la vente, ainsi que » le serait également l'héritier patrimonial, » comme étant aussi tenu des dettes, si, par » l'art. 189, il n'était expressément déchargé » d'entretenir et garantir semblable vente ou » charge; de manière que tout l'effet de cet » article doit se réduire à décharger seulement l'héritier patrimonial des dommages et » intérêts résultans de l'éviction, parcequ'il » n'est pas obligé d'entretenir la vente, quant » à l'aliénation en elle-même; mais il ne s'ensuit pas de là qu'il doive être déchargé d'en » restituer le prix, vu qu'au contraire, il en est » tenu comme d'une dette du défunt, s'il ne se » rencontre aucun héritier des biens libres » pour lui prêter l'effet du recours qu'il a droit » d'exercer contre lui ».

L'auteur ajoute que telle est la jurisprudence constante du conseil d'Artois: ce qu'il justifie par quatre sentences de ce tribunal: la première, confirmative d'un jugement du bailliage de Lens, du 24 janvier 1600; les trois autres, des 22 octobre 1670, 22 février 1681 et 15 mai 1702. « Ces jugemens (continue-t-il) » paraissent dans les règles; car il est de » maxime constante entre les docteurs, que, » quand un contrat porte *sans garantie*, cela » s'entend seulement pour s'exempter des » dommages et intérêts, mais que cela n'empêche point qu'on ne soit tenu de la restitution du prix ».

La déclaration du 14 mars 1722, rapportée ci-dessus, §. 1, ne laisse aucune espèce de doute sur la justesse de cette opinion: c'est

(1) V. l'article *Légitime*, sect. 8, §. 1, art. 1, quest. 4, n°. 4.

une vérité que Maillart lui-même a été forcé de reconnaître dans la seconde édition de son Commentaire.

V. L'héritier patrimonial qui, au lieu de se borner à cette qualité, a pris part aux biens libres du défunt, ne peut pas réclamer contre les aliénations faites sans Nécessité jurée.

On vient de voir que l'art. 189 de la coutume d'Artois ne lui accorde ce droit qu'en *appréhendant seulement les héritages patrimoniaux;* et telle est la jurisprudence constante des arrêts.

Maillart en rapporte un du 4 juin 1699, confirmatif d'une sentence du conseil d'Artois, du 7 septembre 1691, par lequel il a été jugé « que l'héritier des propres d'Artois, qui » s'est mis en possession des propres ou des » acquêts situés dans des coutumes qui ne dé» chargent pas des faits du défunt l'héritier » des propres, est obligé d'entretenir la ven» te, l'aliénation ou la charge nominale du » propre situé en Artois, parceque les biens » situés dans les coutumes qui permettent » l'aliénation des propres sans formalité, sont » de libre disposition entre-vifs, et comme » tels, ils soumettent celui qui les prend à ti» tre successif, à l'exécution des contrats du » défunt ».

Cuvelier nous a conservé deux arrêts du grand conseil de Malines, des 27 octobre 1581, et 24 décembre 1634, qui déclarent non-recevables à impugner des ventes de fiefs situés en Flandre, des héritiers qui avaient appréhendé les rotures disponibles des vendeurs.

Le parlement de Flandre a jugé la même chose par un arrêt du 23 juillet 1693, qui est rapporté dans le recueil de Pollet.

Il y a cependant quelques coutumes en Flandre qui en disposent autrement : telle est celle de la cour féodale de Bruges, tit. 7, art. 2.

§. VI. *Par quels moyens peut-on suppléer à la voie de Nécessité jurée?*

I. Ces moyens se réduisent à deux : le consentement de l'héritier et le remploi.

Toutes les coutumes dont nous avons parlé dans cet article, mettent le consentement de l'héritier présomptif sur la même ligne que la Nécessité jurée; elles attribuent à l'une comme à l'autre la vertu de faire valoir les aliénations qu'elles défendent en général.

De là naissent quelques questions intéressantes.

II. Ce consentement doit-il être exprès, et faut-il qu'il intervienne dans l'acte même d'aliénation?

La négative est incontestable. Tous les auteurs nous enseignent que le consentement peut être donné tacitement et après coup, lorsqu'il n'est pas requis par forme d'autorisation, mais à raison de l'intérêt qu'a dans la chose celui qui le donne. Or, on ne dira pas qu'un majeur, capable par état de disposer de toute sa fortune, ait besoin pour aliéner ses propres, d'y être habilité par l'autorisation de son héritier présomptif, puisque la défense que lui fait la coutume de toucher à ces biens, n'altère point sa capacité d'état, et n'empêche pas que l'aliénation qu'il en fait ne soit valable et exécutoire non-seulement contre lui-même, mais encore contre l'héritier de ses meubles et acquêts. C'est donc uniquement pour l'intérêt de l'héritier patrimonial, et parcequ'il lui est permis de renoncer à une prohibition établie en sa faveur, que la coutume permet d'aliéner avec son consentement, sans employer la voie de la Nécessité jurée. Et de là la conséquence nécessaire que ce consentement n'est pas moins valable, lorsqu'il est tacite ou donné après coup, que s'il intervenait expressément dans l'acte même. « Aus» si (dit Maillart), un arrêt rendu à la qua» trième, le 17 juin 1693, au rapport de » M. Morel, a jugé en Artois, que la donation » solidaire de 500 livres de rente, rachetable » de 8,000 livres, faite par deux sœurs à leur » cousine paternelle, en faveur de son ma» riage, devait subsister, parceque ces deux » sœurs étant héritières apparentes l'une de » l'autre, elles étaient censées avoir consenti » à la donation l'une de l'autre ».

Mais pour établir un consentement tacite, il faut que l'acte, dont on prétend le faire résulter, ait un rapport direct et intime avec l'approbation de la vente. Ainsi, la seule présence de l'héritier présomptif à l'aliénation, et son silence, ne font pas présumer son consentement, parce que son droit étant en suspens pendant la vie du vendeur, et n'étant pas maître d'empêcher l'aliénation, il ne peut pas être censé, en se taisant, renoncer à un droit dont l'exercice n'est pas ouvert pour lui; c'est ici le cas de la loi 14, *de regulis juris*, au Digeste : *qui tacet non utique fatetur.*

Quelques-uns prennent pour consentement tacite, le défaut d'un héritier apparent d'accepter l'offre que lui fait le propriétaire, de lui vendre le bien dont il projette l'aliénation; c'est même ce que décide expressément la coutume de la cour féodale de Courtrai, rubr. 4, art. 1 : « Personne (dit-elle) ne peut aliéner » ni engager son fief ou ses fiefs qui ont fait » souche, si ce n'est du consentement du » notoirement apparent héritier plus âgé, ou

» par Nécessité dûment prouvée et notifiée » aux hommes de fief, ou du moins par le serment du vendeur ou de celui qui engage; » ou encore si ce n'était que le fief étant vendu, il en fût fait trois publications à l'eglise, » de quinze jours en quinze jours, et que, » pendant ce temps, les publications fussent » déclarées à l'héritier plus âgé, parlant à sa » personne ou à son domicile, et qu'il ne » comparût pas et ne s'opposât point, mais » qu'il en fût debouté; ceux hors du pays et » les mineurs demeurans en leur entier ».

On a prétendu que cette disposition devait former un droit commun, et cela, d'après la loi 122, §. 3, D. *de verborum obligationibus*, suivant laquelle, si celui à qui il est défendu par testament de vendre un fonds hors de sa famille, notifie son projet de vente à tous ceux qui la composent, et qu'aucun d'eux ne veuille acheter, il lui est loisible de vendre à un étranger.

Mais ce texte ne peut pas s'appliquer à un fidéicommis légal, d'où naît, pour le possesseur, l'obligation de transmettre le fonds, lorsqu'il mourra, à celui qui sera le plus habile à lui succéder. Comment, en effet, dans ce cas, le refus d'acheter pourrait-il raisonnablement être pris pour un consentement à la vente? L'héritier présomptif qui a le choix de recevoir le bien des mains de la loi, ou de l'acquérir à titre d'achat, peut, sans contredit, opter entre ces deux partis, sans que la répudiation de l'un puisse préjudicier à l'autre. C'est ainsi que le fils qui refuse d'être institué héritier, dans l'espérance d'avoir la succession *ab intestat*, n'est pas censé, par ce refus, renoncer à son droit. (Loi 19, D. *de inofficioso testamento.*).

Quelques coutumes de Flandre, notamment celles de Bruges et de Furnes, pour prévenir les difficultés que fait souvent naître la question de savoir si tel ou tel acte forme un consentement tacite, décident qu'une aliénation faite sans Nécessité jurée, ne peut être validée que par le consentement exprès et formel de l'héritier présomptif, déclaré par sa propre bouche, ou par celle de son procureur, devant les hommes de fief qui président aux devoirs de loi requis pour l'aliénation.

Au reste, pour que ce consentement, quel qu'il soit, mette pour toujours l'acquéreur en sûreté, il faut qu'il intervienne du vivant de celui qui a aliéné: car du moment que le vendeur a rendu le dernier soupir, son héritier devient propriétaire; et alors son consentement exprès ou tacite ne peut rien opérer, s'il n'est accompagné ou suivi de celui de son propre héritier présomptif. C'est ce qu'explique fort bien Maillart: « Le consentement » (dit-il) doit être prêté par l'héritier durant le » temps qu'il est héritier (apparent); car, dès-» là qu'il est devenu propriétaire, le consente-» ment qu'il prête à l'aliénation ou à la charge » nominale faite par son auteur, n'est plus le » consentement de l'héritier, mais du pro-» priétaire; au moyen de quoi, il ne peut pas » valoir sans le consentement et au préjudice » de l'héritier apparent de cet héritier..... En » ce cas, l'action qui résulte de la ratification » donnée après le décès du vendeur, sera » bonne pour obliger l'héritier à garantir, » parcequ'il ne peut pas venir contre son pro-» pre fait; mais elle ne passera pas contre son » héritier patrimonial, parcequ'il n'y aura » pas consenti ».

Nous trouvons, dans le recueil de Cuvelier, un arrêt du grand conseil de Malines, qui confirme cette doctrine de la manière la plus précise.

François de Clèves, comte d'Auxerre, avait, sans Nécessité jurée, hypothéqué la terre de Pondrowart, dans la coutume de la cour féodale de Furnes, à une rente qu'il avait constituée par le même acte. Après sa mort, le duc de Nivernais, son héritier, prétendit que le défaut de serment emportait la nullité de l'hypothèque. On lui opposait deux moyens: l'un, que le contrat de constitution renfermait une clause équipollente à un serment de Nécessité; l'autre, que, par l'appréhension des biens libres du comte d'Auxerre, il s'était rendu non-recevable à impugner l'hypothèque dont son auteur avait grevé sa terre. Le conseil provincial de Gand avait admis le premier de ces moyens, et confirmé l'hypothèque; mais, par arrêt du 24 avril 1573, le grand conseil de Malines a mis l'appellation et ce dont était appel au néant; émendant, a déclaré la terre de Pondrowart libre de la charge dont il s'agissait, et néanmoins a condamné le duc de Nivernais à reconnaître la rente, et à l'hypothéquer sur des biens suffisans.

III. Quel est celui que l'on doit considérer en cette matière comme héritier présomptif? Est-ce celui qui se trouve le plus habile à succéder au moment de l'aliénation, on ne doit-on déterminer cette qualité que par le temps de la mort du vendeur?

Ce dernier parti semble d'abord le plus juridique: on ne peut pas être héritier d'un homme vivant, *viventis non est hereditas;* c'est donc au temps de la mort du vendeur qu'il faut se reporter, pour savoir si celui qui a consenti à l'aliénation, est son héritier; et par conséquent, lorsque le consentement a été

donné par une personne en qui cette qualité ne se trouve pas à cette époque, on doit le regarder comme caduc, et déclarer l'aliénation nulle.

Mais cette opinion est plus spécieuse que solide.

Les coutumes dont il s'agit, permettent *d'aliéner* avec le consentement de l'héritier *apparent*: or, il est sensible que ces mots *aliéner* et *apparent* se réfèrent l'un à l'autre; il faut donc déterminer le sens du second, par le temps où se fait l'opération désignée par le premier. Entendre ces coutumes autrement, c'est, non-seulement en violer la lettre, puisqu'en se servant des termes *héritier apparent*, elles annonçent, de la manière la moins équivoque, qu'elles ne demandent pas le consentement d'un véritable héritier, mais encore aller directement contre leur esprit et leurs vues, puisque cette interprétation rendrait souvent illusoire la faculté qu'elles accordent d'aliéner avec le consentement de l'héritier présomptif.

Aussi Maillart explique-t-il le mot *apparent*, par « celui à qui de droit l'héritage serait » déféré, si, dans le moment du contrat, le » propriétaire décédait, quand même cet » héritier, qui serait alors apparent, ne le » serait plus au moment du décès de l'a» liénant ».

Le Camus d'Houlouve enseigne la même chose; et l'on trouve, dans les *Institutions au droit belgique*, de Deghewiet, « Un arrêt » rendu au parlement de Flandre, en 1691, » qui a jugé que le consentement de l'héritier, » lors de la disposition, suffit ».

Telle est aussi la décision expresse des coutumes de Bergues-Saint-Winock, rubr. 16, art. 2; de Bruges, cour féodale, rubr. 7, art. 1; de Cassel, art. 30; d'Ypres, chap. 224, art. 1; de Bailleul, rubr. 15, art. 1er.

Le Camus d'Houlouve va plus loin; il soutient qu'il faut tellement s'attacher à la qualité d'héritier apparent à l'époque dont il est question, que, « si le consentement était prêté » par celui qui, n'étant pas héritier apparent » au jour de la disposition, le serait devenu » depuis, et même se trouverait l'héritier effec» tif du disposant au jour de son décès, cet évé» nement ne pourrait faire valider la disposi» tion, ni produire aucune fin de non-recevoir » contre cet héritier sur sa demande en nul» lité d'un pareil acte, parceque l'aliénation » est nulle, et d'une nullité absolue, puisqu'elle » est prononcée par la coutume, et d'une » nullité non réparée, puisque celui qui a » donné un consentement dans le temps où il » n'avait pas de qualité à cet effet, ne l'a pas » renouvelé dans le temps où cette qualité lui » était survenue ».

Mais cette opinion est contraire aux vrais principes.

Celui qui a vendu, comme propriétaire, un bien qui ne lui appartenait pas, n'est pas recevable à le revendiquer après l'avoir acquis légitimement; c'est la décision expresse de la loi 4, §. 32, D. *de doli mali et metûs exceptione*. Pourquoi donc celui qui a consenti à une aliénation, comme héritier apparent, sans l'être, pourrait-il révoquer son consentement, lorsqu'il est devenu tel? Il est impossible d'assigner une raison suffisante de la différence que l'auteur cité suppose entre ces deux hypothèses; et c'est, au contraire, en les assimilant l'une à l'autre, qu'un arrêt du parlement de Flandre, du 16 janvier 1704, rapporté par Desjaunaux, a jugé que le consentement qu'une personne donne à son parent pour qu'il puisse aliéner les fiefs qu'il a en Flandre, quoique, lors du consentement, elle ne fût pas le plus proche héritier féodal, suffit pour faire valoir la disposition qui s'en fait dans un temps où elle est devenue le proche héritier.

IV. Nous avons dit que le second moyen de suppléer à la voie de Nécessité jurée, est le remploi du prix de l'héritage qu'on aliène, en un autre héritage de la même nature. C'est, en effet, ce que décident les coutumes d'Artois, art. 26; d'Ypres, chap. 224, art. 1; et de Bailleul, rub. 15, art. 1.

V. les articles *Remploi* et *Subrogation de chose*.

[[§. V. II *Abrogation des coutumes de Nécessité jurée*.

L'abrogation des coutumes de Nécessité jurée a devancé de beaucoup la loi du 30 ventose an 12, dont l'art. 7 déclare qu'à compter de la promulgation du Code civil, les coutumes cessent de faire loi sur les matières dont s'occupe ce Code.

Elle a été implicitement prononcée, relativement aux coutumes qui ne parlaient de Nécessité jurée que pour les fiefs, par l'art. 1er des lois du 4 août 1789. (*V.* les articles, *Fief*, sect. 2, §. 6, et *Franc-Alleu*, §. 32).

Elle l'a été relativement aux autres coutumes, par l'art. 62 de la loi du 17 nivôse an 2, qui a détruit toute distinction entre les propres et les acquêts, et même entre les immeubles et les meubles.

Au surplus, *V.* les articles *réserves coutumières*, *Loer*, *Dévolution coutumière*, *Quint datif*, etc.]]

[[NÉCESSITÉ PUBLIQUE. *V.* les articles *Prise*, *Propriété*, et *Retrait d'utilité publique*.]]

NÉGOCIANT. *V.* l'article *Marchand*.

* **NÈGRES** On appelle ainsi des peuples qui habitent différentes contrées de la terre, et qui sont tout noirs.

Les Européens font un commerce de Negres qu'ils tirent de Guinée et des autres cotes de l'*Afrique* pour soutenir les colonies qu'ils ont établies dans plusieurs endroits de l'Amérique, et dans les iles Antilles.

A ce que nous avons dit des Negres, à l'article *Esclavage*, §. 2, il faut ajouter :

1°. Que, par une ordonnance du 23 février 1778, Louis XVI a fait défense aux maitres et capitaines de navires qui auraient à leur bord des noirs, mulâtres, ou autres gens de couleur de l'un et de l'autre sexe, de les laisser débarquer avant d'avoir fait leur rapport aux greffes des amirautés, et avant que les officiers de ces siéges se fussent transportés à bord des navires, pour y vérifier le nombre de ces noirs, et les faire transférer au depôt, à peine, contre les maitres ou capitaines de navires, de 500 livres d'amende, et d'être interdits pendant trois mois de leurs fonctions; et que la même punition doit avoir lieu contre les capitaines ou maîtres qui recèlent des noirs sur leur bord,

2°. Que le 5 avril suivant, le même roi a rendu, en son conseil, un arrêt par lequel il a fait défense à tous ses sujets blancs, de l'un et l'autre sexe, de contracter mariage avec les noirs, mulâtres ou autres gens de couleur, qui étaient en France avant la déclaration du 9 août 1777; et à tous les notaires de passer aucun contrat de mariage entre eux, avant qu'il ait été pourvu par une loi particulière sur l'état de ces sortes de gens;

3°. Que, par un autre arrêt du 23 mars 1783, le même roi, en son conseil, a ordonné que tous les noirs, mulâtres ou autres gens de couleur qui arriveraient dans Paris, seraient tenus de se présenter au greffe de l'amirauté dans la quinzaine, à l'effet de s'y faire délivrer un certificat contenant leurs nom, âge, signalement, profession, le nom de leur maitre, quand ils seraient en service, avec la date de la déclaration de leur personne faite au greffe des amirautés. Ceux qui sont trouvés sans être munis de ce certificat doivent, suivant le même arrêt, être arrêtés et conduits dans les ports les plus prochains, et réunis dans les dépôts qui y seront établis, pour être ensuite renvoyés aux colonies (M. GUYOT.) *

[[*V.* les articles *Esclavage*, §. 2; et *Gens de couleur*]].

NERETS. *V.* l'article *Noire* (*monnaie*).

* **NETOYEMENS.** *V.* les articles *Boues et Lanternes*, *Curage des Canaux*, *Voirie*, etc.

[[**NEUTRALITÉ, NEUTRE.** *V.* l'article *Prise maritime.*]]

[[**NEVEU.** Terme relatif qui désigne le fils du frère ou de la sœur. *V.* les articles *Degré de parenté*, *Succession* et *Empêchemens de mariage*, §. 4]].

NITRIÈRE. Lieu où se trouve le nitre. *V.* l'article *Salpêtre.*

* **NOBLESSE.** On définit la noblesse une qualité que la puissance souveraine imprime à des particuliers pour les placer, eux et leurs descendans, au-dessus des autres citoyens.

On fait dériver le mot *noble* du latin *noscere*, connaitre, d'où se forme *noscibilis*, ou de *notus*, *notabilis*, recommandable, qui est connu, sans doute en bonne part, et dont la renommée a la vertu pour fondement.

C'est d'après cette étymologie que Cicéron parlant de la noblesse, dit dans ses épithetes : *Nihil aliud est quàm cognita virtus. Nobiles,* dit également Tiraqueau, *à noscendo dicuntur.* Vossius s'exprime de même : *Nobilis quasi notus, et à Nominis celebritate dictus.*

§. I. *De l'origine de la Noblesse.*

1. Tous les hommes naissent égaux. D'où proviennent donc ces distinctions de Noblesse et de roture? C'est ce que nous allons d'abord examiner.

Notre projet n'est pas de remonter à la Noblesse des anciens peuples; ce qui nous concerne en partienlier, offre un champ assez vaste à nos recherches. Voyons donc de quelle manière la noblesse s'est établie chez nos aïeux.

Tout ce que l'on a dit sur cet objet, se réduit à deux systèmes principaux. Le comte de Boulainvilliers et le président de Montesquieu, d'une part; de l'autre, l'abbé Dubos et l'abbé de Mably sont à la tête des deux partis.

Le premier de ces deux systèmes est tel que devaient le concevoir des hommes de grande naissance et d'une imagination très-vive. Il consiste à donner à la Noblesse une origine aussi ancienne que la réunion des hommes en société. Dans ce système, soutenu de preuves fort vraisemblables, bien avant le passage du Rhin et la conquête des Gaules, il existait chez les Francs des familles nobles qu'on doit regarder comme la tige des grandes maisons aujourd'hui existantes.

Suivant l'abbé Dubos et l'abbé de Mably, il pouvait bien y avoir chez les Francs des hom-

mes que la valeur et la vertu élevaient au-dessus de leurs égaux; mais la Noblesse transmissible leur était inconnue. Ce fut la perpétuité des fiefs qui fit naître ce nouvel ordre de citoyens, et donna l'idée d'attacher au hasard de la naissance telles ou telles prérogatives.

II. L'abbé Dubos et l'abbé de Mably sont, comme nous venons de le dire, les principaux sectateurs de cette opinion. Voici les preuves qu'ils en donnent; nous les puisons dans les *Observations sur l'histoire de France* par le second, parceque elles y sont beaucoup mieux présentées que dans l'*Histoire de l'établissement de la monarchie française* par le premier.

Tant que les bénéfices ne furent pas héréditaires, les distinctions accordées aux *leudes*, ne furent que personnelles. Leur Noblesse, qui ne se transmettait pas par le sang, laissait leurs enfans dans la classe commune des citoyens, jusqu'à ce qu'ils prêtassent le serment de fidélité entre les mains du prince. Les citoyens, en un mot, formaient deux classes différentes; mais les familles étaient toujours du même ordre.

Quand, au contraire, les bénéfices changèrent de nature, en devenant héréditaires, les fils d'un bénéficier, par le droit même de leur naissance qui les appelait à la succession de leur père, se trouvèrent eux-mêmes *sous la truste* ou *la foi du roi*, et furent d'avance ses *obligés* ou ses *protégés;* la naissance leur donnant une prérogative qu'on n'acquérait auparavant que par la prestation du serment de fidélité, on s'accoutuma à penser qu'ils naissaient *leudes*. La vanité, toujours adroite à profiter de ses avantages, est encore plus attentive à les étendre sur le plus léger prétexte. Ces leudes, d'une nouvelle espèce, se crurent supérieurs aux autres, et on commença à prendre de la Noblesse l'idée que nous en avons aujourd'hui; les familles *bénéficiaires*, qu'on me permette cette expression, formèrent une classe séparée, non-seulement de celles qui n'avaient pas prêté le serment de fidélité au prince, mais des familles dont le chef avait été fait leude suivant l'usage ancien.

On ne balancera point, continue Mably, à regarder ce que je dis ici de l'origine de la Noblesse chez les Français, comme une vérité incontestable, si on remarque que la prestation du serment de fidélité, qu'on exigea dans la suite indifféremment de tout le monde, et qui ne fut qu'un gage de l'obéissance, ne valut presque dès-lors aucune distinction, ou du moins ne donna pas une certaine prérogative de dignité et de prééminence, dont les seules familles bénéficiaires jouissaient. Cette prérogative est réelle, puisque les familles distinguées par leurs illustrations, leurs alliances et leurs richesses, qui, dans le moment de la révolution, ne se trouvèrent pourvues d'aucun bénéfice, se crurent dégradées, et cherchèrent, par d'autres voies que la prestation du serment de fidélité, à réparer le tort que l'hérédité des bénéfices leur avait fait. De quoi se seraient-elles plaintes, si elles n'avaient pas vu que les familles bénéficiaires formaient dans l'état un ordre distingué de citoyens, et que la loi, la coutume ou le préjugé leur accordait quelque droit ou quelque honneur particulier?

Leur jalousie fut extrême; et, pour satisfaire leur orgueil alarmé, il fallut avoir recours à une des plus étranges bizarreries dont parle notre histoire; ce fut, ainsi que nous l'apprend Marculfe, de changer ses *propres*, ou, comme on parlait alors, ses *alleux* en bénéfices; c'est-à-dire, que le propriétaire d'une terre la donnait au prince, qui, après l'avoir reçue en don, la rendait au donateur en bénéfice.

Cette mode de faire changer de nature à ses biens, aurait été la manie la plus extravagante, si les bénéfices n'avaient communiqué une prérogative particulière aux familles qui les possédaient. C'eût été rendre sa fortune incertaine, et s'exposer à perdre une partie de son patrimoine même, si quelque événement imprévu rendait au prince ses anciens droits sur les bénéfices.

Soit que l'abaissement de la puissance royale, d'où les bénéfices tiraient leur origine, les dégradât et les avilit, soit que les esprits s'accoutumassent peu à peu à ne regarder dans les bénéfices que les droits seigneuriaux qui donnaient une autorité réelle, il arriva, par une seconde révolution, que toutes les seigneuries indistinctement communiquèrent à leurs possesseurs les priviléges, les droits et la dignité qui n'avaient d'abord appartenu qu'aux seuls bénéfices. En effet, on négligea, sur la fin de la première race, de conserver les titres primordiaux de ses possessions. Etaient-elles, dans leur origine, un bénéfice ou un alleu? Cette question devint inutile. Sans doute que la possession d'un bénéfice ne conféra plus aucune prérogative; elle fut même si peu un titre de Noblesse, quand les seigneuries formèrent, sous les successeurs de Clotaire II, l'usage général du royaume, que les seigneurs employèrent, au contraire, toutes sortes d'artifices pour dénaturer ces possessions, et persuader qu'elles étaient des propres.

Dès qu'il y eut dans l'état des citoyens qui possédaient des privilèges particuliers, et ne les tenaient que de leur seule naissance, ils durent mépriser ceux qui ne furent pas leurs égaux, se réunir, ne former qu'un corps, et avoir des intérêts également séparés de ceux du prince et du peuple.

A la qualité de juges, les seigneurs joignirent celle de capitaines des hommes de leurs terres, ou plutôt ils ne se séparèrent point des fonctions qui, jusque là, avaient toujours été unies dans le prince, les ducs, les comtes et les autres magistrats publics de la nation, et qui, pendant plusieurs siècles encore, ne formèrent qu'un seul et même emploi.

Ainsi, la Noblesse, également redoutable au peuple par son droit de justice, s'était rendue maîtresse des lois, et tenait entre ses mains toutes les forces de l'État. Il n'en fallait pas davantage pour ruiner l'autorité royale, et ôter aux Mérovingiens toute espérance de la relever. Les seigneurs auraient de même affermi leur empire sur le peuple, si, par modération, ils lui avaient appris à le regarder comme légitime; mais ils ne savaient pas que rien n'est stable sans le secours des lois. S'étant élevés en les violant, ils continuèrent à n'avoir d'autre règle que leur avarice, leur orgueil et leur emportement.

III. Montesquieu combat ce sytème, et établit le sien avec toute la pompe de l'éloquence, toute l'érudition d'un véritable savant, et toute la chaleur d'un homme de génie, animé par un grand intérêt. C'est Dubos seul qu'il attaque, parceqn'alors l'excellent ouvrage de Mably n'avait pas encore paru.

C'eût été l'un des plus beaux spectacles que l'esprit humain puisse offrir, de voir aux prises, sur un objet de cette importance, le président de Montesquieu et l'abbé de Mably, deux hommes du jugement le plus exquis, et peut être les plus instruits des antiquités de notre histoire.

L'abbé Dubos, dit Montesquieu (*Esprit des Lois*, liv. 30, chap. 25) soutient que, dans les premiers temps de notre monarchie, il n'y avait qu'un seul ordre de citoyens parmi les Francs. Cette prétention injurieuse au sang de nos premières familles, ne le serait pas moins aux trois grandes maisons qui ont successivement régné sur nous. L'origine de leur grandeur n'irait donc point se perdre dans la nuit des temps: l'histoire éclairerait des siècles où elles auraient été des familles communes; et pour que Chilpéric, Pépin et Hugues Capet, fussent gentilshommes, il faudrait aller chercher leur origine parmi les Romains ou les Saxons, c'est-à-dire, parmi les nations subjuguées.

Dubos fonde son opinion sur la loi salique. Il est clair, dit-il, par cette loi, qu'il n'y avait point deux ordres de citoyens chez les Francs. Elle donnait deux cents sous de composition pour la mort de quelque Franc que ce fût; mais elle distinguait chez les Romains le convive du roi, pour la mort duquel elle donnait trois cents sous de composition, du Romain possesseur à qui elle en donnait cent, et du Romain tributaire à qui elle n'en donnait que quarante-cinq. Et comme la différence des compositions faisait la distinction principale, il conclud que, chez les Francs, il n'y avait qu'un ordre de citoyens, et qu'il y en avait trois chez les Romains.

Il est surprenant que son erreur même ne lui ait pas fait découvrir son erreur. En effet, il eût été bien extraordinaire que les nobles romains, qui vivaient sous la domination des Francs, y eussent eu une composition plus grande, et y eussent été des personnages plus importans que les plus illustres des Francs et leurs plus grands capitaines. Quelle apparence que le peuple vainqueur eût eu si peu de respect pour lui-même, et qu'il en eût eu autant pour le peuple vaincu? De plus, Dubos cite les lois des autres nations barbares, qui prouvent qu'il y avait parmi eux divers ordres de citoyens. Il serait bien extraordinaire que cette règle générale eût précisément manqué chez les Francs; cela aurait dû lui faire penser qu'il entendait mal, et qu'il appliquait mal les textes de la loi salique; ce qui lui est effectivement arrivé.

On trouve, en ouvrant cette loi, que la composition pour la mort d'un *antrustion*, c'est-à-dire, d'un fidèle ou vassal du roi, était de six cents sous; et que celle pour la mort d'un Romain, convive du roi, n'était que de trois cents. On y trouve que la composition pour la mort d'un simple Franc, était de deux cents sous; et que celle pour la mort d'un Romain, d'une condition ordinaire, n'était que de cent. On payait encore pour la mort d'un Romain tributaire, espèce de serf ou d'affranchi, une composition de quarante-cinq sous; mais je n'en parlerai point, non plus que de celle pour la mort du serf franc, ou de l'affranchi franc; il n'est point ici question de ce troisième ordre de personnes.

Que fait Dubos? Il passe sous silence le premier ordre des personnes chez les Francs, c'est-à-dire, l'article qui concerne les antrustions; et ensuite comparant le Franc ordinaire, pour la mort duquel on payait deux cents sous de composition, avec ceux qu'il appelle des trois ordres chez les Romains, et

pour la mort desquels on payait des compositions différentes; il trouve qu'il n'y avait qu'un seul ordre de citoyens chez les Francs, et qu'il y en avait trois chez les Romains.

Comme, selon lui, il n'y avait qu'un seul ordre de personnes chez les Francs, il eût été bon qu'il n'y en eût eu qu'un aussi chez les Bourguignons, parceque leur royaume forma une des principales pièces de notre monarchie. Mais il y a dans leurs Codes trois sortes de compositions : l'une pour le noble Bourguignon ou Romain, l'autre, pour le Bourguignon ou Romain d'une condition médiocre; la troisième, pour ceux qui étaient d'une condition inférieure dans les deux nations. Dubos n'a point cité cette loi.

Il est singulier de voir comment il échappe aux passages qui le pressent de toutes parts. Lui parle-t-on des grands, des seigneurs, des nobles? Ce sont, dit-il, de simples distinctions, et non pas des distinctions d'ordre : ce sont des choses de courtoisie, et non pas des prérogatives de la loi : ou bien, dit-il, les gens dont on parle etaient du conseil du roi; ils pouvaient même être des Romains : mais il n'y avait toujours qu'un seul ordre de citoyens chez les Francs.

D'un autre coté, s'il est parlé de quelques Francs d'un rang inferieur, ce sont des serfs, et c'est de cette manière qu'il interprète le décret de Childebert. Il est nécessaire que je m'arrête sur ce decret. Dubos l'a rendu fameux, parcequ'il s'en est servi pour prouver deux choses : l'une, que toutes les compositions que l'on trouve dans les lois barbares, n'etaient que des intérêts civils, ajoutés aux peines corporelles; ce qui renverse de fond en comble tous les anciens monumens; l'autre, que tous les hommes libres étaient jugés directement et immédiatement par le roi; ce qui est contredit par une infinité de passages et d'autorités qui nous font connaître l'ordre judiciaire de ces temps-là.

Il est dit dans ce décret, fait dans une assemblée de la nation, que, si le juge trouve un voleur fameux, il le fera lier pour être renvoye devant le roi, si c'est un Franc (*Francus*); mais que, si c'est une personne plus faible (*debilior persona*), il sera pendu sur le lieu. Selon Dubos, *Francus* est un homme libre; *debilior persona* est un serf. J'ignorerai, pour un moment, ce que peut signifier ici le mot *Francus*; et je commencerai par examiner ce qu'on peut entendre par ces mots, *une personne plus faible*. Je dis que, dans quelque langue que ce soit, tout comparatif suppose nécessairement trois termes : le plus grand, le moindre et le plus petit. S'il n'était ici question que des hommes libres et des serfs, on aurait dit *un serf*, et non pas *un homme d'une moindre puissance*. Ainsi, *debilior persona* ne signifie pas là un serf, mais une personne au-dessous de laquelle doit être le serf. Cela supposé, *Francus* ne signifiera pas un homme libre, mais un homme puissant, et *Francus* est pris ici dans cette acception, parceque parmi les Francs étaient toujours ceux qui avaient dans l'état une plus grande puissance, et qu'il était plus difficile au juge ou au comte de corriger. Cette explication s'accorde avec un grand nombre de capitulaires, qui déterminent les cas dans lesquels les criminels pouvaient être renvoyés devant le roi, et ceux où ils ne le pouvaient pas.

On trouve dans la vie de Louis-le-Debonnaire, écrite par Tégan, que les évêques furent les principaux auteurs de l'humiliation de cet empereur, surtout ceux qui avaient été serfs, et ceux qui étaient nés parmi les barbares. Tégan apostrophe ainsi Hébon, que ce prince avait tiré de la servitude, et avait fait archevêque de Rheims : « Quelle récompense » l'empereur a-t-il reçue de tant de bienfaits? Il » t'a fait libre et non pas noble, après t'avoir » donné la liberté ».

Ce discours, qui prouve si formellement deux ordres de citoyens, n'embarrasse point Dubos. Il répond ainsi : « Ce passage ne » veut point dire que Louis-le-Débonnaire » n'eût pu faire entrer Hébon dans l'ordre » des nobles. Hébon, comme archevêque de » Rheims, eût été du premier ordre, supé- » rieur à celui de la Noblesse ».

Je laisse au lecteur à décider si ce passage ne le veut point dire; je lui laisse à juger s'il est ici question d'une préséance du clergé sur la Noblesse.

« Ce passage prouve seulement que les ci- » toyens nés libres étaient qualifiés de nobles » hommes : dans l'usage du monde, noble » homme, et homme né libre, ont signifié la » même chose ».

Quoi! Parceque, dans nos temps modernes, quelques bourgeois ont pris la qualité de nobles hommes, un passage de la vie de Louis-le-Débonnaire s'appliquera a ces sortes de gens!

« Peut-être aussi (ajoute-t-il encore) » qu'Hébon n'avait point été esclave dans la » nation des Francs, mais dans la nation » saxonne, ou dans une autre nation germa- » nique, où les citoyens étaient divisés en » plusieurs ordres ».

Donc, à cause du *peut-être* de Dubos, il n'y aura point eu de Noblesse dans la nation des Francs; mais on n'a jamais plus mal appliqué un *peut-être*.

On vient de voir que Tégan distingue les évêques qui avaient été opposés à Louis-le-Débonnaire : donc les uns avaient été serfs, et les autres étaient d'une nation barbare. Hébon était des premiers, et non pas des seconds. D'ailleurs, je ne sais comment on peut dire qu'un serf tel qu'Hébon, aurait été Saxon ou Germain : un serf n'a point de famille, ni par conséquent de nation. Louis-le-Débonnaire affranchit Hébon; et comme les serfs affranchis prenaient la loi de leur maître, Hébon devint Franc, et non pas saxon ou Germain.

IV. S'il nous etait permis de hasarder notre opinion sur un point qui a divisé des hommes d'un mérite aussi éminent, nous dirions que le systeme de l'abbé de Mably nous paraît devoir meriter la preférence.

La difficulté ne consiste pas à savoir si, avant la perpétuité des fiefs, il existait chez les Francs, des hommes élevés au-dessus de leurs concitoyens. Il y en avait sans doute. A cet égard, tout le monde est d'accord. Il s'agit uniquement de déterminer si ces distinctions étaient héréditaires, si le pere transmettait à son fils son rang et ses prérogatives.

Pour établir qu'avant le passage du Rhin, il existait chez les Francs une Noblesse héréditaire, Montesquieu s'appuie sur un texte de la loi salique, tit. 44, §. 4, qui donne six cents sous pour la mort d'un antrustion, c'est-à-dire, d'un fidèle ou vassal du roi, *qui in truste dominicâ est*; trois cents sous pour la mort d'un Romain également convive du roi; deux cents sous pour la mort d'un simple Franc; et cent sous pour la mort d'un Romain d'une condition ordinaire.

Comme le taux de la composition était, dans le système des lois germaniques, la mesure de la consideration, il résulte de ce texte, dit Montesquieu, qu'il existait chez les Francs plusieurs ordres de personnes. Cela est vrai. Mais cette distinction était elle héréditaire? Le fils de l'antrustion avait-il, par le seul privilège de sa naissance, la composition de six cents sous? Voilà ce qu'il s'agit de prouver; et c'est ce que la loi citée n'établit en aucune manière.

Montesquieu s'est bien aperçu de l'insuffisance de cette preuve; aussi prétend-il que la qualité d'antrustion était héréditaire; que ce n'était pas la possession d'un benéfice qui la conférait, mais qu'elle se transmettait par la naissance : « Les antrustions ou fidèles (dit-il) » n'étaient pas tels, parcequ'ils avaient un fief; » parcequ'ils étaient antrustions ou fidèles. » On se ressouvient de ce que j'ai dit dans le » premier chapitre de ce livre : ils n'avaient » pas, pour lors, comme ils eurent dans la suite, le même fief; mais s'ils n'avaient pas » celui-là, ils en avaient un autre, parceque » les fiefs se donnaient a la naissance, et parceq'ils se donnaient souvent dans les assemblées de la nation, et enfin parceque, » comme il était dans l'intérêt des nobles d'en » avoir, il était aussi de l'intérêt du roi de » leur en donner ».

C'est dans ce passage que réside tout le système de Montesquieu : il porte, comme l'on voit sur ce point central, que la qualité d'antrustion était héréditaire, et sur cette assertion que l'on trouve dans le chap. 23 du liv. 31, qu'avant le règne de Charlemagne, les antrustions étaient seuls capables de posséder des fiefs.

Quant à la première de ces deux propositions, que la qualité d'antrustion etait héréditaire, elle nous paraît contredite par la formule 18 du liv. 1er. de Marculfe.

On voit par cette formule que le roi créait les antrustions; cette prérogative ne se transmettait donc pas avec le sang. Voici la formule : *Quia ille fidelis, Deo propitio, noster, veniens ibi, in palatio nostro, cùm arimoniâ suâ, in manu nostrâ trustem et fidelitatem nobis visus est conjurasse. Propterea per præsens præceptum decernimus ac jubemus ut deinceps memoratus ille in numero antrustionum computetur.*

Rien, dans cet acte, n'indique une prérogative héréditaire; c'est au contraire la volonté du prince qui fait tout, c'est lui qui dit, qui prononce qu'un tel sortira de la classe des simples citoyens, pour être désormais compté dans le nombre des antrustions. Encore une fois, l'antrustion devait donc sa prérogative, non à sa naissance, mais au choix du prince.

Le serment de fidélité que le nouvel antrustion était obligé de faire au prince, est encore une très-bonne preuve de cette vérité. En effet, la Noblesse d'origine est indépendante de toute espèce de formalités.

Quant à cette autre assertion de Montesquieu, que ce ne fut que dans l'intervalle qui s'écoula depuis le traité d'Andely jusqu'au regne de Charlemagne, que les hommes libres furent admis à prêter le serment d'antrustion, à posséder des bénéfices, elle est contredite par cette remarque fort simple; c'est que le nombre des leudes augmenta considérablement immédiatement après la conquête. Cependant le nombre de ces prétendues familles nobles n'était pas augmenté; il fallait donc que la création des leudes, l'admission au ser-

ment de fidélité et à la participation des bénéfices, dépendit de la volonté du prince.

Montesquieu s'appuie sur le silence du traité d'Andely, *qui ne dit point que les hommes libres pouvaient se recommander pour un fief*. Mais si ce droit n'était pas contesté, si personne n'en doutait, pourquoi en aurait-il éte fait mention dans ce traité? Il n'était pas question à Andely de ceux auxquels le prince pourrait donner des bénéfices, mais uniquement d'empêcher qu'il n'en dépouillât ceux qui en étaient pourvus.

La loi des Ripuaires nous fournit encore une très-bonne preuve du fait, que la qualité de leude ou d'antrustion n'était pas concentrée dans certaines familles; que le privilége de prêter au prince un serment particulier, n'était pas exclusivement attaché à un certain ordre de citoyens. Cette loi porte: *Si quis judicem fiscalem quem comitem vocant, interfecerit*, 600 *solidis mulctetur. Quòd si puer regis vel ex tabulario ad eum gradum ascenderit*, 300 *solidis*.

On sait que le mot *tabularius* désignait un serf affranchi dans l'église. Or, puisqu'un affranchi pouvait être leude et comte, et en était quitte pour avoir une composition moins forte, comment pourrait-on douter qu'un homme né libre ne fût admis à prêter le serment de fidélité?

Le système de Montesquieu une fois écarté, il n'y a pas à hésiter sur celui de Mably; on ne peut rien de plus raisonnable, de plus concordant avec les monumens historiques.

Un fait dont il est impossible de contester la certitude, c'est qu'après le traité d'Andely, et surtout après celui de Paris, de l'an 615, l'usage s'établit de convertir ses alleux en bénéfices.

Cependant, apres les révolutions que les bénéfices avaient éprouvées, les propriétés allodiales étaient infiniment plus sûres, et conséquemment plus précieuses. Puisque l'on changeait son alleu en bénéfice, il fallait donc que le bénéfice conférât quelque privilége considérable: et quel autre privilége pouvait-ce être que celui de conférer une distinction particulière aux familles bénéficiaires?

§. II. *Tous les nobles tiennent leur prérogative du roi; il n'y a de différence entre eux que celle de l'ancienneté de leur origine.*

Il résulte du paragraphe précédent, que les familles nobles doivent originairement cette distinction à la possession des fiefs et à l'exercice des grands emplois. Si cela est, comment pourra-t-on raisonnablement douter que la Noblesse n'ait pris sa source dans la volonté des rois?

En effet, si le commandement dans les armées donnait un droit de préférence à la concession des terres conquises, c'est le roi qui donnait ces commandemens à ceux qui s'étaient dévoués à son service; et le partage dans les terres était la récompense de ces fidèles. A plus forte raison devait-on au roi la distinction qui résultait des honneurs de la cour, des grands emplois, et du pouvoir de juger.

Cette prérogative de l'autorité royale une fois reconnue, la transmission, par la naissance, de cette distinction que l'on nomme *Noblesse*, ou sa communication par lettres d'anoblissement, ou par l'exercice de certaines charges, n'en laisse d'autres entre les nobles que celle de l'ancienneté de leur origine.

La communication de la Noblesse par la naissance, ne pourrait dater que de l'hérédité des bénéfices convertis en fiefs, sauf à justifier de la descendance de ces propriétaires. Mais comment prouver cette descendance? D'ailleurs, presque toutes ces anciennes familles périrent à la bataille de Fontenay, donnée en 841, entre les enfans de Louis-le-Débonnaire. Il fallut les remplacer par les simples possesseurs d'alleux, soit Francs, soit Gaulois, soit Romains. Le traité de Mersen, en 847, leur permit de changer leurs alleux en bénéfices, et de choisir un seigneur entre ces princes, ou entre les fidèles de ces princes.

Ces propriétaires avaient déjà été autorisés à se recommander pour des bénéfices. Ce changement fut une suite des circonstances qui mettaient les rois dans la nécessité d'acquérir de nouveaux fidèles pour repousser les ennemis de l'État.

Ce traité de Mersen est l'époque de la multiplication de la Noblesse, comme celui de 615 est celle de son établissement. On peut dire qu'en 844, tous ceux qui voulurent être nobles, le furent.

Voilà donc l'époque des anoblissemens déterminée. Cependant un réglement moderne pour l'ordre de Saint-Lazare, porte, art. 3: « On ne pourra faire profession dans lesdits » ordres..., qu'après avoir justifié... de huit » degrés de Noblesse paternelle, non com- » pris le récipiendaire, *sans anoblissement* » *connu* ».

Qu'a-t-on voulu dire par ces mots, *sans anoblissement connu*? Dès qu'il n'y a aucune famille qui ne tienne sa Noblesse de la volonté du prince, il n'y a point de noble qui n'ait été anobli. Qu'importe que cet anoblissement soit connu, ou que le temps en ait dérobé la con-

naissance, pourvu que les degrés nécessaires soient remplis et prouvés?

A-t-on voulu dire qu'il fallait que l'aspirant descendît de ces anciennes familles féodales qui doivent leur Noblesse, non à des lettres d'anoblissement, mais à la possession des fiefs?

D'abord, quelle différence peut-il y avoir entre la Noblesse féodale et la Noblesse par lettres? Dans les deux cas, n'est-ce pas la volonté du prince qui agit et qui agit seule? Celui qui est anobli par un fief, et celui qui est anobli par lettres, ne sont-ils pas l'un et l'autre également anoblis?

En second lieu, comment prouver sa descendance d'ancêtres aussi reculés?

Après l'ignorance qui régnait dans le dixième siècle, ignorance telle qu'à peine les rois, les princes, les plus grands seigneurs savaient lire; que les propriétés n'étaient connues que par la possession, faute de titres par écrit; que la célébration des mariages n'existait que dans la mémoire des assistans;

Apres les batailles de Crécy, de Maupertuis, d'Azincourt, de Verneuil, destructives de la noblesse feudataire;

Après la facilité de changer de nom et d'armes à volonté, jusqu'au seizième siècle, temps où cet abus était devenu si général qu'il fallut une loi pour le réprimer;

Après la négligence dans les signatures, les parties prenant presque toujours le nom de leurs seigneuries préférablement à leur nom de famille; abus tellement répandu, que les états-généraux, assemblés à Paris en 1614, en demandèrent la réforme;

Après que, dans les onzième et douzième siècles, les notaires n'écrivaient le plus souvent que la première lettre du nom des parties, et que ceux écrits en entier étaient diversement énoncés;

Après que, jusques vers le dix-septième siècle, on ne désignait communément les femmes dans les actes que par leur nom de baptême;

Enfin, après l'accord unanime des historiens que des alliances ont été très-souvent l'occasion de prendre le nom de mères plus nobles, ou ceux des familles plus considérables dans lesquelles on entrait;

Que doit-on donc entendre par ces termes, *sans anoblissement connu?* C'est, comme le remarque l'auteur anonyme d'un écrit récent, qu'il ne faut pas compter dans le nombre des générations requises, l'ascendant anobli. Cet ascendant a bien été le principe de sa famille, mais la Noblesse n'a été inhérente et transmissible que dans ses descendans; et l'on ne compte dans les preuves que la possession d'une Noblesse inhérente.

Si l'on avait entendu rejeter la possession de Noblesse fondée sur un principe connu, il aurait fallu ne pas limiter à l'an 1400 les preuves requises pour les honneurs de la cour; il aurait fallu exiger de plus les neuf générations pour l'ordre de Saint-Lazare. Dans ces deux cas, la possession de la Noblesse devrait remonter au moins au commencement du quatorzième siècle, époque généralement avouée des anoblissemens, parcequ'il n'est pas possible de distinguer les nobles d'origine, d'avec les descendans de ceux qui ont été nobles à ces différentes époques, ces derniers pouvant ne pas faire connaître le principe de leur Noblesse.

Non-seulement toutes les familles nobles tiennent cette distinction de la bienfaisance du roi, mais le roi seul peut anoblir,

Cela est si vrai, qu'en 1519, René, bâtard de Savoie, chambellan, grand maître de France, sénéchal et gouverneur pour le roi en Provence, ayant donné des lettres de Noblesse à un particulier de la ville d'Aix, les commissaires pour la recherche des faux nobles n'eurent aucun égard à cet anoblissement.

Le Bret, dans son *Traité de la souveraineté*, liv. 2, chap. 10, rapporte qu'en 1260, par arrêt du parlement de Paris, il fut fait défenses au comte de Flandre, de donner des anoblissemens.

En 1269, un comte de Flandre fut condamné à l'amende envers le roi, pour avoir anobli deux de ses sujets, qui furent pareillement condamnés à 2,000 livres d'amende pour avoir accepté ces anoblissemens. [[*V.* l'article *Bar.*]]

§. III. *Des différentes sortes de Noblesse.*

Pasquier, dans ses *Recherches*, divise les nobles en deux classes: ceux qui ont obtenu des lettres d'anoblissement, et ceux qui fondent leur Noblesse sur l'ancienneté de leur race, et qui justifient que leurs ancêtres ont toujours vécu noblement, sans avoir jamais été cotisés à la taille, ni fait aucun acte de dérogeance.

Loyseau, dans son *Traité des ordres*, distingue la Noblesse en *trois lignages.* Il appelle le premier, lignée royale, composée des princes du sang. Le deuxième comprend les gentilshommes. Le troisième, les anoblis.

Du Haillan divise la Noblesse en *originelle*, qui est tirée des ancêtres, et en *accidentelle*, qui prend sa source dans les offices.

Hennequin dit, dans son *Guidon des finan-*

ces, qu'il y a trois sortes de Noblesse: la premiere, de ceux qui sont issus de noble lignée, dont les anteurs ont toujours vécu noblement, sans avoir jamais été imposés aux subsides; la seconde, qu'il nomme accidentelle, et qui se tire des offices; la troisième, lorsque le roi, par grace spéciale, veut qu'un roturier soit réputé noble, pour jouir de pareils et semblables privilèges que les nobles de race.

Hay du Châtelet, en ses *Maximes politiques*, remarque pareillement trois sortes de Noblesse: la première *de sang*, dont la source est cachée dans l'obscurité d'une longue suite de siècles; les deux autres, qui se tirent des lettres ou chartes, et des charges ou offices; ce qui forme des anoblissemens accidentels.

Voilà ce qu'on lit dans les auteurs français. A l'égard des étrangers, suivant Jérôme de Blanca, la Noblesse d'Aragon est divisée en trois ordres: le premier, composé des principaux barons, appelés *ricos hombres*, qui possèdent les grands fiefs; le second, des *cavaleros*; et le troisième *des infançons*, qui sont les damoiseaux ou écuyers. [[*V.* l'article *Infançon*.]]

Un auteur anglais, Nicolas Upton, ne reconnaît que deux sortes de Noblesse: l'une militaire, l'autre littéraire, qui vient des sciences et de la robe: *dignitas vel armata sive militaris, vel togata sive litteraria.... Una quæ arte sine armis, altera quæ arte sine litteris conciliatur.*

Thomas Miles, autre auteur anglais, réduit la Noblesse à deux sortes: l'une native ou de race; l'autre civile, qui procède des charges ou offices.

Suivant du May, la Noblesse d'Allemagne est de deux sortes: l'une immédiate, ne reconnaissant que l'empereur; l'autre sous la direction d'un autre prince, et qui reconnaît l'empereur uniquement comme chef de l'Empire.

Albert et Isabelle d'Autriche, ducs de Brabant et comtes de Flandre, dans une ordonnance pour la Belgique, du 14 décembre 1616, partagent la Noblesse en quatre classes: la première est l'ancienne; la deuxième, de ceux qui ont la possession et les degrés, pour être réputés nobles; la troisième, de ceux dont les auteurs ont obtenu des lettres d'anoblissement; la quatrième, de ceux qui tiennent leur Noblesse des charges de leurs pères ou aïeuls.

Il résulte de ces autorités que, suivant l'opinion la plus commune, la Noblesse est de trois sortes: la Noblesse de race, la Noblesse par lettres, et la Noblesse par charges, états ou offices

§. IV. *De la Noblesse par les mères.*

Autrefois les femmes nobles avaient, au moins dans certaines provinces, le privilége de transmettre la Noblesse à leurs descendans. Beaumanoir parle de cette prérogative. Il en est aussi question dans la *Chronique* de Monstrelet; on y lit, sur l'année 1509: « Jean de » Montagu ayant manié les finances, fut déca- » pité; il était né à Paris, avait été secrétaire » du roi, et était fils de Gérard de Montagu. » Le duc de Montagu devint maître d'hôtel » de France; il avait son frère archevêque de » Sens, *et il était gentilhomme de par sa » mère* ».

C'est dans les provinces de Champagne, de Brie et de Barrois, que ce privilége paraît s'être d'abord établi, et qu'il s'est conservé le plus long-temps.

L'ancienne coutume générale de Champagne et de Brie porte: *Ceux-là sont tenus nobles qui sont issus de père ou mère nobles; il suffit que le père ou la mère soit noble, quand il se rencontre que l'un des deux est non noble et de serve condition; et l'un ou l'autre étant noble, donne la Noblesse à leurs enfans.*

Dans *les droits et coutumes que le roi Thiébault établit*, en date du jour de Noël 1224, on lit, art. 20: *C'est la coutume de Champagne que les enfans nobles demeurés de père et de mère, soient nobles de père ou de mère; s'il y a hoir ainé, il doit avoir l'avouerie des enfans sous-âgés.*

Les historiens qui parlent de cette espèce de Noblesse, sont d'accord que ce privilége fut accordé aux femmes champenoises, après une bataille donnée en 841, dans laquelle périt la majeure partie de la Noblesse de cette province.

Le roi Charles V fut peut-être le premier de nos rois qui donna atteinte à la Noblesse par les mères, en statuant, par son ordonnance du 15 novembre 1370, que ces sortes de nobles seraient sujets au droit de franc-fief Voici les termes de cette ordonnance adressée au sénéchal de Beaucaire, qui est une preuve que cette Noblesse était anciennement reconnue par tout le royaume: *Item innobiles descendentes à patre innobili et matre nobili pro rebus feod. aut retrofeod. sibi deventis, et per ipsos acquisitis, et acquirendis, ex successione eorum matris nobilis, et aliorum collateralium ejusdem matris, aut aliter à nobili, solvent financiam quam exigatis et quæratis ut suprà.* Cette ordonnance est à la

chambre des comptes de Paris, au mémorial D, *fol.* 101, *verso*.

§. V. *De la Noblesse étrangère.*

Celui qui est noble dans un lieu, est noble partout. En effet, la qualité de l'homme n'est pas moins indivisible que sa propre substauce.

L'etranger qui jouissait dans son pays d'une Noblesse originaire, ou qui a obtenu de son souverain des lettres d'anoblissement, jouira donc en France de la noblesse et de toutes les prérogatives, de la même manière que s'il fût demeuré dans sa patrie. De même le Français noble conserve sa Noblesse dans les pays étrangers : cela est fondé sur ce principe généralement reconnu, que la Noblesse est une qualité inhérente à la personne, et qui la suit partout.

Pour obtenir cette prérogative, il n'est pas nécessaire que l'étranger soit naturalisé; il suffit qu'il prouve sa Noblesse.

« J'entends, ajoute Loyseau (*Traité des » ordres, chap.* 3) qu'il apparaisse d'une » vraie et parfaite Noblesse, prévenue par les » moyens usités en France, à savoir, d'anti- » quité de race, de concession du souverain, ou » des grandes dignités ».

Loyseau observe ensuite qu'il y a des pays où la Noblesse s'acquiert beaucoup plus facilement qu'en France, et par des voies que nous ne connaissons pas, ou que nous réprouvons.

Après cette observation, l'auteur continue : « Je n'estimerais pas que tels anoblis, venant » résider en France, dussent jouir du privilége » des nobles; car, comme dit excellemment » Aristote, il y en a qui sont nobles propre- » ment et absolument, et d'autres qui ne le » sont qu'improprement. Ceux-là, dit-il, sont » nobles partout le monde, et quelque part » qu'ils aillent, ils y portent leur Noblesse; » mais d'autres, dont la Noblesse est parti- » culière pour leur patrie, et non reçue indif- » féremment partout, ne sont reconnus nobles » en d'autres pays, et c'est ceux-là que les » Romains appelaient *demi-nobles* ».

On peut encore appuyer cette decision de l'autorité de Jérome Orose, *de Nobilitate civili*, liv. 1, chap. 4, qui établit la même distinction en ces termes : *Nobilitas alia est ex omni parte absoluta, alia verò domi tantum locum habet. Illa quidem nunquam loco dimovetur, et apud omnes nationes dignitatem suam habet. Hæc in solà tantùm patriâ et inter suos eminet, magis opinione vulgi, quàm veræ dignitatis luminibus illustrata.*

Le Français qui est anobli par un souverain étranger, dans les États duquel il aura passé quelque temps, ne peut jouir de la Noblesse en France, s'il n'en a obtenu du roi des lettres de confirmation dûment enregistrées, parcequ'il est de principe, que sa majesté seule peut anoblir ses sujets.

Par une déclaration du 8 décembre 1699, rendue pour les provinces de Flandre, Hainaut et Artois, Louis XIV confirma toutes les lettres de Noblesse qui avaient été accordées par les rois d'Espagne, les archiducs et gouverneurs des Pays-Bas, dans ces provinces, depuis 1600, à la charge par ceux qui avaient obtenu ces lettres, ou par leurs descendans, de payer, sur les récépissés de celui qui était chargé de l'exécution de la déclaration du 6 septembre 1696, les sommes auxquelles ils seraient taxés par les rôles arrêtés au conseil.

Pareille chose avait été ordonnée pour la Franche-Comté, par une autre déclaration du 3 mars précédent.

Par un arrêt du conseil du 25 septembre 1733, le sieur Puech a été condamné au paiement du droit de franc-fief, dont il se prétendait exempt, comme ayant été pourvu en 1706, d'une charge d'auditeur en la chambre des comptes de Savoie, lorsque Louis XIV était en possession de ce pays, laquelle charge il avait exercée sept ans, jusqu'à la paix conclue en 1713. Il disait que, suivant les usages du pays, les charges de magistrature, dans une cour souveraine, conferent, dès l'instant de la réception, une Noblesse entière et transmissible, sans que le pourvu soit assujéti à exercer pendant un certain nombre d'années. Mais l'inspecteur général du domaine a observé que la Noblesse des étrangers n'est reconnue en France que lorsqu'elle est acquise par les mêmes moyens qui la produisent dans le royaume; et qu'en France les offices n'anoblissent que lorsque le titulaire en meurt pourvu, ou qu'après avoir exercé vingt ans, il obtient des lettres de vétérance; qu'ainsi, le sieur Puech ne pouvait être regardé comme noble.

Autre arrêt du conseil du 18 octobre 1735, contre le sieur Suleau de Malroy, né Français, de Claude Suleau, également Français. Le père ayant fixé sa demeure dans le duché de Bar, en 1709, fut anobli par le duc de Lorraine en 1720; il possédait une terre en Bourgogne, et sur la demande du droit de franc-fief, il y fut condamné par l'intendant de Dijon : il mourut, et son fils se pourvut au conseil, où il opposa que, par le concordat fait le 14 janvier 1718, entre le roi et le duc de Lorraine, il est stipulé que les nobles français en Lorraine, et les nobles lorrains en France, pourraient également posséder des biens dans

l'un et dans l'autre état, et sans payer aucun droit; l'effet de ce traité se réduisait aux Lorrains, et comme le sieur Suleau était né Français, il ne pouvait réclamer en France une Noblesse, que n'avait pas agréée son souverain légitime, par des lettres enregistrées; en conséquence, le sieur Suleau a été condamné au paiement du droit de franc-fief.

Il a encore été rendu une décision du conseil, contre lui, le 4 décembre 1752, pour un nouveau droit de franc-fief qui lui était demandé.

§. VI. *La Noblesse peut-elle se prescrire?*

Cette question est peut-être la plus problématique de toutes celles que présente le vaste champ de la jurisprudence. C'est une chose vraiment extraordinaire qu'un point aussi important soit ainsi livré au vague des opinions.

Albertus, sur la loi *Imperatoris*, D. *de decurionibus*, tient pour l'imprescriptibilité. Bacquet pense au contraire que la Noblesse peut s'acquérir par la prescription.

Cette dernière opinion est appuyée de l'autorité de la coutume de Bretagne qui, par l'art. 541, répute nobles les familles qui, depuis cent années, vivent noblement. D'Argentré observe, sur cet article, que la question ayant été agitée dans l'assemblée des trois états de la province, il y eut de grands personnages qui estimèrent que la Noblesse était imprescriptible, mais qu'enfin l'article passa : *ut qui centum totos annos se pro nobili gessisset, pro tali haberetur, etsi non omnibus placebat.*

Tiraqueau, *de Nobilitate*, chap. 14, rapporte avec beaucoup d'exactitude les opinions des auteurs sur cette question.

Ce que dit là-dessus Loyseau, *Traité des ordres*, chap. 5, est, suivant nous, ce que l'on trouve de plus raisonnable dans les écrits des jurisconsultes qui ont traité cette matière. Voici ses termes :

« Puisque la Noblesse est si recherchée, il est bien raisonnable que les moyens légitimes de l'acquérir soient certains et limités, pour ce qu'autrement chacun y voudrait avoir part, et enfin elle tournerait en confusion. *Clarus quippe honor vilescit in turbâ, et apud dignos indigna est dignitas, quam multi indigni possident.*

» Discourons donc comment elle s'acquiert: en quoi il semble qu'il n'est point question de parler de celle de race, qu'au précédent chapitre j'ai appelé *gentillesse*, d'autant qu'elle n'a point de commencement; et toutefois c'est une grande question non encore résolue, si elle s'acquiert irrévocablement *à patre et avo*, c'est-à-dire, par l'usage continuel de deux générations, supposé qu'il apparaisse liquidement que les prédécesseurs d'auparavant fussent roturiers; question qui résulte principalement du réglement moderne des tailles, fait en l'an 1600, lequel, en l'art. 58, *défend à toutes personnes de prendre le titre d'écuyer et s'insinuer au corps de la Noblesse, sinon, entre autres, à ceux qui sont issus d'aïeul et père qui aient fait profession des armes, sans avoir fait acte vil ou dérogeant à leur qualité;* car les valets des gentilshommes, ou ceux qui ont couru la poule pendant les guerres, voire même ceux qui n'ont voulu suivre autre exercice, sinon de traîner l'épée, se font accroire que, si par la force et intimidation d'eux ou des gentilshommes des villages auxquels ils servent d'estafiers, de bigayeurs, voire de tueurs, ils se peuvent échapper pendant deux générations de payer la taille, leur postérité deviendra noble, sans qu'ils aient besoin du roi ni de son anoblissement, soutenant que la Noblesse s'acquiert et prescrit par deux générations; et de fait nos docteurs tiennent presque tous qu'elle peut être prescrite par une possession immémoriale, dont Tiraqueau fait un amas d'allégations, *cap.* 4, *de Nobilitate*, qui est un point véritable.

» Mais pourtant je ne puis tenir pour cette nouvelle Noblesse des porte-épée de notre temps, pour le désordre que je vois naître de la grande troupe de gens qui, à présent, par cette voie si facile, se veulent exempter et des tailles du roi et des vacations populaires, et ce à la foule du menu peuple qui paie les tailles pour eux, au dommage du public, auxquelles ils ne contribuent point par leurs labeurs et industrie, et à la confusion et au mépris de la vraie Noblesse. Ainsi, il me semble plus juste et équitable d'observer que, supposé qu'il apparaisse liquidement et au vrai de la qualité des ancêtres de celui qui prétend avoir prescrit la Noblesse par deux générations, qui ne la peut avoir acquise incommutablement sans concession du prince : d'ailleurs ce qui concerne les droits du roi et l'intérêt du public est imprescriptible, notamment sans titre et avec mauvaise foi; et quand il appert de l'origine vicieuse, principalement encore ce qui est hors du commerce privé et de la disposition des particuliers, comme est la Noblesse, attendu que, même ès-choses qui sont en commerce, les lois disent que *nemo potest sibi mutare causam possessionis suæ; nemo potest statum suum immutare.* Comment donc un roturier se pourra-t-il ano-

blir soi-même, et sa postérite a cause de lui, vu que l'acquisition de la Noblesse est moins favorable que celle de la liberté? Et puisque les usurpateurs de Noblesse sont déclarés faussaires par la loi *Eos*, §. *Si pro milite*, D. *de falsis*, et sont punis par nos ordonnances, pourquoi donnera-t-on force et autorité à leur usurpation? Finalement, puisque le roi, pour éviter la surcharge du pauvre peuple, a révoqué, par edit de l'an 1568, tous les anoblissemens concédés par lui-même, bien que vérifiés aux cours souveraines et accordés la plupart moyennant finance, pourquoi maintiendra-t-on ceux qui ont été usurpés sans sa concession?

» Aussi le réglement de l'an 1600 ne les déclare-t-il pas nobles précisement, et ne dit pas qu'apparaissant d'ailleurs qu'ils soient roturiers, ils aient acquis et prescrit la Noblesse: au contraire, il suppose que leurs prédécesseurs fussent de noble qualité, en ces mots: *Qu'ils n'aient point fait d'actes dérogeans à leur qualité*. Mais de vérité, parceque la vraie Noblesse est celle dont le commencement excède la memoire des hommes, et qui partant ne peut être prouvée que par la possession, cet edit a ordonné fort justement que, quand on la révoque en doute, ce soit assez d'eu prouver la possession continuelle du père et aïeul, qui sert de présomption suffisante et concluante, supposé que d'ailleurs le contraire n'apparaisse liquidement et évidemment: mais ce n'est pas la presomption que nos lecteurs appelent *juris et de jure*, *contrà quam non admittitur probatio*; car je suis bien d'accord avec eux que la Noblesse, ou, pour mieux dire l'ingénuité, se fait présumer assurément par le moyen de la possession immémoriale *quæ juris loco habetur*; comme, en cas semblable, dit la loi 1, §. *ductus aquæ*, D. *de aquâ quotidianâ et æstivâ*; mais il faut prendre garde que c'est quand la possession est immémoriale, c'est-à-dire, quand il n'y a mémoire ni preuve, ni par consequent certitude du contraire ».

§. VII. *Des preuves de la Noblesse.*

La roture est l'état naturel des hommes. La Noblesse est une qualité accidentelle qui doit être prouvée par ceux qui la prétendent.

Nobilitas est qualitas adventitia, quæ nobis non inest à naturâ, ideòque non præsumitur; et qui se nobilem asserit, probare debet, tanquam hujusmodi qualitas paucis insit. Ce sont les paroles de Balde, sur la loi. *Non ignorat*, C. *qui accusare non possunt.*

« Celui qui se dit gentilhomme (dit Laroque, *Traité de la Noblesse*, chap. 64), quelque ancienneté qu'il ait, le doit prouver: car bien que chacun soit estimé libre, parceque la liberté vient de la nature, il n'est pas pour cela estimé noble, d'autaut que cette qualité vient du droit des gens ».

On peut encore ajouter cette maxime de Papinien: *Quoties quæritur genus vel gentem quis haberet nec ne, eum probare oportet.*

On convient qu'il n'est point nécessaire que ceux qui pretendent être nobles, rapportent le titre constitutif de cette qualité; car, comme le temps a consumé la plupart des actes anciens, il s'ensuivrait que plus la Noblesse serait ancienne, plus il serait difficile de l'établir; aiusi, la possession est suffisante, non pas cependant que la Noblesse puisse s'acquérir par prescription, mais parceque la possession fait présumer le titre, suivant la regle de droit, *talis præsumitur præcessisse titulus qualis apparet secuta fuisse possessio.*

Mais pour que la possession puisse suppléer le titre constitutif, et tenir lieu du titre, il faut qu'elle ait deux caractères principaux, qui sont propres et particuliers sur cette matière.

Il faut, premièrement, que la possession soit au moins centenaire; c'est, comme on l'a vu dans le §. précédent, la doctrine de Loyseau; c'est aussi la disposition des réglemens qu'on aura occasion de citer ci-après.

Il faut, en second lieu, qu'elle soit notoire et publique; c'est avec le public qu'il faut que la possession soit contradictoire, pour être valable. Cette maxime est établie par Tiraqueau, *de Nobilitate*, chap. 10, n°. 6: *Hinc fit ut it præsumitur et sit nobilis, quem vulgus et communis hominum æstimatio nobilem reputat*; et il ajoute: *ad probandam Nobilitatem non sufficit dicere quòd quis sit nobilis, sed debet dici quòd talis vulgò reputatur*; *tanquàm scilicet Nobilitas ex solâ vulgi opinione pendeat.*

D'apres cette regle, les auteurs ont déterminé quels sont les actes par lesquels on peut prouver la Noblesse. Laroque, *Traité de la Noblesse*, chap. 64, dit, que « les titres qui justifient la Noblesse sont des actes authentiques, comme contrats de mariages, baptistaires, lots de partages de successions, testamens, et autres actes publics qui font mention de filiations; on y ajoute les qualités tirées des fiefs possedés de race en race, et employées dans les contrats; les jugemens rendus sur la condition; les inscriptions et épitaphes des lieux publics, et la continuation des armes semblables. La Noblesse se vérifie encore par les dignités qui

» accompagnent notre vie, ou par la condi- » tion de nos ancêtres, en représentant les » provisions et actes de réception dans les » charges qu'ils ont exercées. Si ce sont » charges militaires, on se sert des extraits » de rôles, de montres et des comptes rendus » à la chambre par les tresoriers ordinaires » et extraordinaires des guerres, qui font » mention des soldes ou appointemens qu'on » a reçus pour l'exercice de telles charges. On » prouve aussi la Noblesse par des actes de » foi et hommage qu'on a rendu à cause des » fiefs qu'on tient du roi ou autres seigneurs; » enfin, par les histoires et chroniques qui » rendent les prédécesseurs illustres à la pos- » térité ».

Par la nature de tous ces actes indiqués pour servir de preuve de Noblesse, il est clair que, quand on ne rapporte pas le titre constitutif de cette qualité, il faut au moins que les preuves qui sont rapportées, forment une espèce de notoriété publique. « On s'était » persuadé (dit Belleguise, *de la Noblesse*, » chap. 4) que la seule possession justifiée » par des contrats aùthentiques, dans lesquels » le pére et l'aieul auraient pris la qualité de » noble ou d'écuyer, suffisait pour une en- » tière preuve de Noblesse, ou bien que, » sans s'arrêter au nombre des générations, » en justifiant d'une telle possession pendant » cent années, la Noblesse était comme pres- » crite, et qu'il ne fallait pas de meilleur ti- » tre : mais cet avis n'a pas été suivi, parce- » qu'on a considéré qu'il était contraire aux » intérêts du roi et au droit commun; car, » en France, c'est une maxime certaine que » le prince seul peut anoblir ».

Ainsi, il ne suffit pas à celui qui se prétend noble, de rapporter quelques actes de famille, dans lesquels lui, son pére et son aieul, aient pris la qualité de noble; il faut des preuves extérieures et publiques de l'exercice de cette qualité. C'est ce que décide la déclation du 22 juin 1664, donnée en interprétation de celles de 1661 pour la recherche des faux nobles. Cette déclaration ordonne que ceux qui prétendront la qualité de noble, *justifieront par titres authentiques la preuve de leur Noblesse depuis l'année* 1560. Par *titres authentiques*, on entend des actes extérieurs et publics; car des actes passés clandestinement dans le secret d'une famille, et entre personnes qui ont intérêt de favoriser l'usurpation, ou du moins qui n'ont point intérêt de la contredire, ne sont point des titres authentiques de possession de Noblesse.

Pour résoudre la question de savoir comment, à défaut de titre constitutif, on peut prouver la Noblesse, Belleguise cite un arrêt du conseil du 19 mars 1667, qui porte que « ceux qui soutiendrout être nobles, seront » tenus justifier comment eux, leur pére et » leurs aieuls ont pris la qualité de chevalier » et d'écuyer, depuis 1560 jusqu'à présent, » et prouveront leur descendance et filiation » avec possession de fiefs, emplois et services » de leurs auteurs, par des contrats de ma- » riages, partages, actes de tutelle, aveux et » dénombremens, et autres actes authenti- » ques, sans avoir fait ni commis aucune dé- » rogeance, moyennant quoi ils seront main- » tenus; en sorte que (continue l'écrivain cité), » si les auteurs de ceux qui se prétendent no- » bles, en ont pris la qualité dans des contrats » authentiques depuis 1560, et ont possédé » des fiefs et rendu des services, on doit pré- » sumer que leurs ancêtres étaient nobles ».

Le même auteur ajoute, il est vrai, qu'on n'a pas exigé en toute rigueur la preuve de la possession des fiefs et des services militaires; qu'on a pris l'alternative jointe aux énonciations portées dans les actes et contrats; mais il dit affirmativement que, « pour les simples » qualifications, on a été si exact, que, sans » hésiter, on a déclaré usurpateur des titres » de Noblesse, ceux qui ne rapportaient point » d'autres preuves; et certes, ce n'est pas » sans beaucoup de raison : car, enfin, vivre » noblement c'est porter les armes, servir le » prince en temps de guerre, remplir les » charges de capitaine, de lieutenant, d'en- » seigne, et faire d'autres actions d'un vérita- » ble gentilhomme; quand, avec des preuves » de cette nature, on est aidé de qualifica- » tions, on est fondé en présomption : mais, » sans ces avantages et sur de simples con- » trats, on ne peut dire, sinon qu'on prati- » quait autrefois le même abus qu'on commet » si fréquemment aujourd'hui, et que la va- » nité et le mauvais exemple ont toujours été » la cause de telles usurpations ».

Laroque, dans le chap. 64 déjà cité, propose la question si la preuve de la Noblesse de race doit toujours être accompagnée de services militaires; et il répond qu'aux autres preuves « il est nécessaire d'ajouter des preu- » ves de services; car, comme un arbre qui » n'a que des feuilles et point de fruits, est » peu estimé, de même un gentilhomme qui » n'a point de service, n'est pas en grande » considération : la Noblesse se reconnait par » des actions généreuses ».

Tous les auteurs adoptent cette règle, et mettent le service militaire au premier rang, entre les signes extérieurs de la Noblesse. *Nobiles nobiliter vivere censentur qui ea*

quæ viros nobiles et ingenuos decent, *ut sunt armorum exercitationes pro principe et republicâ*, etc. Ainsi s'exprime Guypape, quest. 41.

Les ordonnances du royaume confirment cette vérité. L'art. 25 de l'édit du mois de mars 1600 fait défenses de prendre le titre d'*écuyer*, et de s'insinuer au corps de la Noblesse, sinon, entre autres, à ceux qui sont issus d'aïeul et père *qui ont fait profession des armes*. Ces noms de *chevaliers* et d'*écuyers*, que la Noblesse a retenus pour marques distinctives, font voir que c'est au milieu des armes que la Noblesse française a pris naissance : on ne peut reconnaître la Noblesse d'extraction dans une famille où l'on ne trouve aucune trace de cette origine.

A ces règles particulières et propres à la possession en matière de Noblesse, il faut joindre la règle générale et commune à toutes les sortes de possessions. Pour acquérir quelque droit que ce soit par la possession, il faut qu'elle soit paisible et suivie sans interruption et sans contradiction, parceque la présomption, dans ce cas, n'est que la présomption d'un titre qui a été perdu ; cette présomption cesse toutes les fois que la possession est combattue par des actes contraires ; cela est tellement vrai en matière de Noblesse, que, quelque longue et quelque bien établie que pût être la possession, elle devient inutile, si on prouve qu'avant l'époque de cette possession, les ancêtres de celui qui se prétend noble, étaient roturiers ; ces actes de possession sont regardés comme des actes d'usurpation : et à bien plus forte raison, la possession ne peut-elle pas servir de preuve de Noblesse, lors qu'elle est combattue par des preuves contraires.

Comment celui qui se suppose noble, pourrait-il soutenir sa prétendue Noblesse, sous prétexte d'actes de possession, si on voit que ceux qui ont fait des actes de possession de Noblesse, ont fait en même temps des actes de roture? Comment, dans ce combat d'actes opposés, présumerait-on une Noblesse d'origine?

Louis XIV a ordonné différentes perquisitions des faux nobles; savoir, le 15 mars 1635, pour la Normandie ; le 30 décembre 1656, pour le ressort de toutes les cours des aides; le 8 février 1661, pour le ressort de celle de Paris ; le 22 juin 1664, pour tout le royaume; le 20 janvier 1668, pour la province de Bretagne, où il y avait eu deux précédentes réformations en 1426 et en 1535; et le 4 septembre 1696, pour tout le royaume. Les règles qui furent prescrites pour ces recherches, devaient produire tout l'effet que ce monarque s'était proposé ; mais il ne fallait pas en confier l'exécution à des traitans, qui, s'occupant de leur intérêt, perdirent de vue le bien général. Nous rapporterons celles de ces règles qui subsistent et qui font loi pour prouver la Noblesse.

Par les déclarations du 30 décembre 1656 et du 8 février 1661, il fut ordonné que ceux qui prétendraient jouir du titre de Noblesse et des privilèges y annexés, seraient tenus *de représenter leurs titres originaux*.

Par celle du 22 juin 1664, le roi ordonna qu'il serait fait commandement aux usurpateurs des qualités de chevalier et d'écuyer, *de représenter les originaux* des titres de leur prétendue Noblesse, et que, conformément à l'arrêt de vérification de la déclaration de 1661, les particuliers qui comparaîtraient aux commandemens, seraient tenus *de produire les grosses originaires ou minutes des titres justificatifs de leur Noblesse*, depuis l'année 1560 ; et que ceux qui ne produiraient que des titres et contrats postérieurs à ladite année, seraient déclarés roturiers et contribuables aux tailles et autres impositions, et condamnés à l'amende.

Un arrêt de réglement du conseil d'état, du 19 mars 1667, vérifié le 13 avril suivant, ordonne que ceux qui soutiendront être nobles, justifieront que leurs pères ou aïeux ont pris la qualité de chevalier ou d'écuyer depuis l'année 1560; qu'ils prouveront leurs descente et filiation, avec possession de fiefs, emplois et services de leurs auteurs, par contrats de mariage, aveux, partages, actes de tutelle et autres actes authentiques, sans avoir aucunement dérogé; et qu'en cas qu'il soit rapporté quelques preuves que leurs auteurs aient été roturiers avant 1560, les commissaires n'auront aucun égard aux qualifications portées par ces contrats.

Un autre arrêt du conseil du 26 février 1697, rendu en réglement, porte que les arrêts des cours supérieures, et jugemens dans lesquels les parties se trouveront avoir les qualités de noble homme, d'écuyer, de messire et de chevalier, ne seront regardés comme titres justificatifs de filiation noble, ni de Noblesse, mais seulement les contrats de mariage, partages, transactions entre personnes de même famille, et autres titres authentiques, ensemble les arrêts du conseil, les ordonnances et les jugemens des sieurs intendants et commissaires départis, rendus depuis le réglement du conseil du 22 mai 1665, qui leur a attribué la connaissance de la réformation de la Noblesse.

Par une déclaration du roi du 16 janvier

1714, il est dit que « la recherche des usurpa- » teurs des titres de Noblesse, sera incessam- » ment terminée.... par les intendans et com- » missaires départis dans les provinces, et par » les commissaires généraux à ce députés. Ce » faisant, tous ceux qui se prétendent nobles » ne seront tenus de prouver leur possession » de Noblesse que pendant *cent années* com- » plètes, à compter du jour de l'enregistre- » ment de la présente déclaration.... à l'égard » de ceux dont les instances sont actuellement » indécises; et pour celles qui ne sont point » encore commencées, ordonnons que, dans » trois mois du jour de l'enregistrement, tous » ceux qui prétendent la Noblesse, dont les » instances sont indécises, seront tenus de les » faire juger, dans lequel délai, tous ceux qui » n'ont point encore été recherchés, seront as- » signés et tenus de remettre leors titres... en- » tre les mains des intendans et commissaires » départis, pour être fait droit ainsi qu'il appar- » tiendra; faute de quoi ils seront condamnés » comme usurpateurs et imposés aux tailles ».

L'époque de cent années antérieures à 1714 n'a pas été fixée par cette déclaration comme un moyen de favoriser l'usurpation par la prescription, mais seulement pour éviter à ceux qui sont dans une possession constante, les difficultés de rapporter des titres plus anciens. La Noblesse ne peut s'acquérir par quelque laps de temps que ce puisse être: une possession de cent années la fait, à la vérité, présumer; et cette présomption est suffisante, soivant la déclaration de 1714, pourvu qu'il n'y ait aucune preuve que la possession soit vicieuse; car, si l'on prouve que les auteurs de celui qui se prétend noble, étaient roturiers, la présomption s'évanouit: il faut nécessairement rapporter un titre de Noblesse, sans quoi la possession, fût elle de deux siècles sans interruption, n'est qu'une usurpation condamnable. Voyez le réglement de 1667, cité ci-devant.

Il fut ordonné, par arrêt du conseil du 12 février 1715, que les particuliers qui avaient été impliqués dans la recherche, ne pourraient jouir du bénéfice de la déclaration de 1714, mais qu'ils seraient obligés de rapporter des titres authentiques de leur Noblesse depuis et compris 1560. C'est ce qu'atteste Brillon, dans son ***Dictionnaire des arrêts***, au mot *Noblesse*, n°. 34.

La recherche fut continuée jusqu'au 1er. juillet 1718, par arrêt du conseil des 1er. mai et 18 décembre 1717.

Par une déclaration du roi du 7 octobre 1717, enregistrée au parlement de Paris le 11 décembre suivant, sa majesté ordonna « que ceux qui avaient été déclarés usurpateurs » par des jugemens rendus avant la déclara- » tion de 1714, et qui se seraient pourvus » par appel, par opposition ou autrement, » ou ceux dont les auteurs avaient renoncé, » et ceux qui auraient été maintenus dans leur » Noblesse par des jugemens contre lesquels » le poursuivant de la recherche ou autre » particulier se serait pourvu, seraient tenus » de prouver une possession centénaire anté- » rieure à l'assignation qui leur aurait été » donnée, et sur laquelle lesdits jugemens se- » raient intervenus; n'entendant néanmoins » sa majesté que les assignés pussent être tenus » de prouver une possession antérieure à l'an- » née 1560, sauf en cas de dérogeance, à y » être pourvu ainsi qu'il appartiendrait ».

La commission de la recherche des usurpateurs, qui n'avait été continuée que jusqu'au 1er. juillet 1718, fut supprimée par arrêt du conseil du 26 juin de cette dernière année, portant « que ceux qui avaient été » assignés tant pour représenter leurs titres, » que sur l'appel des jugemens rendus à leur » profit, dont les instances n'étaient point » jugées, demeureraient, quant à leur No- » blesse, en l'état où ils étaient avant ladite » assignation; que les appelans desdites or- » donnances de condamnation des sieurs in- » tendans et commissaires départis, dont les » instances n'avaient point été jugées dans » les délais portés par les arrêts du conseil des » 14 décembre 1715, 1er. mai et 18 décembre » 1717, seraient réputés usurpateurs du titre » de Noblesse, suivant et conformément aux » ordonnances, et imposés aux rôles des tail- » les, sans qu'aucun pût prendre connaissan- » ce des appellations interjetées des ordon- » nances de condamnation desdits sieurs in- » tendans sur le fait de la Noblesse ».

Par une déclaration du roi, du 8 octobre 1729, sa majesté, pour être fait droit sur les instances indécises au sujet de la recherche des usurpateurs du titre de Noblesse, a renvoyé les contestations aux cours des aides dans le ressort desquelles les parties intéressées ont leur domicile; « n'entendant néanmoins » sa majesté empêcher que les cours de par- » lement et les juges ordinaires qui leur sont » subordonnés, ne prennent connaissance, » ainsi qu'ils ont bien et dûment fait par le » passé, des questions de Noblesse incidentes » aux matieres et contestations qui sont de » leur compétence ».

Les faits de généalogie et de Noblesse doivent être vérifiés, tant par lettres que par témoins, suivant les arrêts de la cour des aides de Paris, et entre autres celui du mois de juin

1699. Nous imitons en cela l'ancienne loi de Rome, qui demandait, pour faire une preuve entière de l'ingénuité, non-seulement des témoins, mais aussi des renseignemens par écrit. *Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes; soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt*, dit la loi 2, *C. de testibus.*

Les témoins servent pour savoir si celui de la Noblesse duquel il s'agit, et son père et son aïeul, ou même son bisaïeul, ont toujours vécu noblement, sans faire acte dérogeant à Noblesse; et les lettres ou titres servent pour constater la généalogie et montrer les dignités qui ont été dans une famille.

Si la Noblesse féodale d'un héritage ne se peut vérifier que par écrit, suivant le chapitre premier *quid sit investitura, de usibus feudorum*, et si les hommages ne se font et ne sont reçus que par écrit, à combien plus forte raison doit on observer cette maxime au fait de la Noblesse dont le prix, comme il est dit de la liberté, est inestimable et d'une autre conséquence que celui d'un héritage?

Ce droit que nous observons, qui demande, avec le témoignage des hommes, la preuve par écrit, doit obliger ceux qui ont l'honneur d'être nobles, d'avoir soin de laisser à leur postérité de quoi justifier leurs qualités et leurs actions illustres.

Pour la preuve de Noblesse à l'égard du temps, il y en a qui la réduisent à un siècle, se fondant sur ce que trois âges et trois générations se rapportent d'ordinaire à ce temps. Clément Alexandrin est de ce sentiment: *Ad centum autem annorum numerum reducuntur tres generationes.*

Cette preuve de trois générations a lieu dans ce royaume, où l'on admet la Noblesse qui a trois degrés, *compris l'inquiété*, c'est-à-dire qui remonte jusqu'à l'aïeul. Il n'y a que la province de Normandie où les quatre degrés s'observent; ce qui est plus régulier. Le roi Henri III confirma cet usage par lettres-patentes du 8 mai 1583. Il y a un arrêt du conseil d'état du 15 avril 1641, donné à la requête de Jean Baudry, syndic des États de cette province, qui la réduisait à trois; mais il n'a pas été observé. Anciennement il fallait remonter au bisaïeul, qui fait le quatrième degré, et c'est la règle des chevaliers.

Le roi Charles VIII, par ses lettres datées de l'an 1484, ordonna que ceux qui prouveraient leur Noblesse par-delà la quatrième génération, seraient réputés nobles de race.

Il fit aussi un réglement en ces termes: *Que tout noble serait tenu, une fois en sa vie, de faire description de sa généalogie et de sa race jusqu'à quatre degrés et plus avant, tant qu'il pourrait monter et s'étendre, aux mains du bailli ou du sénéchal des lieux, pour y avoir recours quand il serait besoin, et que les héritiers seraient obligés de continuer cette description dans l'an du décès d'un gentilhomme et à chaque mutation de famille.*

Ce prince fit observer le même réglement dans la province de Bretagne depuis son mariage avec Anne, héritière de ce duché: les gentilshommes y sont si amateurs de l'ancienneté, qu'ils expriment d'ordinaire autant de degrés qu'ils en peuvent prouver.

La même passion est fort ordinaire en Dauphiné, selon Chorier en son Nobiliaire.

En Lorraine, nul n'est estimé gentilhomme, s'il n'a quatre degrés de Noblesse.

Il y a un arrêt du conseil d'état du 19 mars 1667, donné en faveur de la Noblesse de Provence, qui contient que la Noblesse de race doit remonter jusqu'en 1560, en prouvant les descentes et filiations avec la possession des fiefs, des emplois et des services de leurs auteurs, sans avoir fait ni commis aucune dérogeance; ce qui suppose que leurs ancêtres étaient nobles avant 1560. Mais comme la vie des hommes est bornée diversement, il peut arriver que celui qui vérifiera, aura quelquefois moins de degrés; aussi, il est plus sûr d'en rapporter un nombre certain, suivant les anciens réglemens et l'usage le plus autorisé. Car, que dirait-on si une personne vivait autant que ce Jean d'Estemps, homme d'armes de Charlemagne et de Louis le Débonnaire, que l'histoire de Belleforest dit avoir vécu jusqu'au règne de Louis VII ou le Jeune; ou que Thomas Parr, natif du comté de Salop en Angleterre, né en 1483, sous Edouard IV, qui mourut le 15 de novembre 1635, sous le règne de Charles I, ayant vécu cent cinquante-deux ans, suivant son épitaphe qui est à Londres dans l'église de Westminster. De cette manière, les degrés ne se trouveraient jamais fournis, et il vaut mieux déférer aux lois, que de s'arrêter à cet usage, sans considérer le plus ou le moins de la vie des hommes; en effet, ce qu'on appelait *gentilitatem, gentem et genus*, signifie la race, laquelle exprime une multitude. Aussi Salluste dit en la vie de Jugurtha: *gens seriem majorum quærit, majorumque gloria posteris quasi lumen est.* Ceux qui veulent que la Noblesse de race se vérifie par la qualité de l'aïeul et du père, se fondent sur l'exemple des Romains, chez lesquels on pouvait vérifier l'ingénuité *patre et avo consulibus.*

Cette opinion pourrait être appuyée par l'édit du roi Henri IV, du mois de mars de l'an 1600, et par quelques arrêts donnés en forme de réglement, qui réduisent la preuve au père et à l'aïeul, et déclarent nobles ceux qui ont ces deux degrés et en descendent, pourvu que leur père et leurs aïeux aient porté les armes et servi le public en des charges honorables;

Mais cela est contraire aux usages précédens, et cette réduction à deux degrés au lieu de trois, a été faite en faveur de ceux à qui il manquait deux degrés formels pour compléter leurs preuves.

Bacquet est de l'opinion qu'il suffit que l'aïeul et le père aient vécu noblement, et que celui qui justifie sa qualité, vive en noble. M. Lebret, avocat-général à la cour des aides, souscrit à cet avis, en son septième plaidoyer. Néanmoins s'il y avait de la dérogeance aux derniers degrés, il faudrait prouver au-dessus. (M. H......)*

[[§. VIII. *Abolition de la Noblesse. Peines portées contre les ci-devant nobles qui en prendraient encore la qualité. Rétablissement de quelques-uns des titres ci-devant affectés à la Noblesse.*

I. La Noblesse avait reçu un tel échec, d'abord par l'article des lois du 4 août 1789 qui abolissait tous les priviléges; ensuite par la loi du 5 novembre suivant qui proclamait ce grand principe: *il n'y a plus en France aucune distinction d'ordres*, que, lorsque, par l'art. 11 du tit. 2 de la loi du 15-28 mars 1790, il fut dit que désormais toutes les successions se partageraient également, *sans avoir égard à l'ancienne qualité noble des biens et des personnes*, cette épithète *ancienne*, qui supposait clairement la destruction de la Noblesse, n'excita pas une seule réclamation, même dans le parti de l'assemblée constituante qui semblait avoir juré de défendre toutes les erreurs et tous les abus.

Louis XVI lui-même regarda tellement, dès-lors, la Noblesse comme abolie, que, le 4 juin 1790, il fit écrire par le ministre de l'intérieur, M. de S. Priest, le billet suivant à M. Chérin, généalogiste de la cour:

« Le roi me charge, monsieur, de vous prévenir que Sa Majesté ne veut plus que vous receviez les titres généalogiques qu'il était d'usage de vous remettre, pour avoir l'honneur de lui être présenté. Vous voudrez bien vous conformer à cet ordre de Sa Majesté ».

Cependant, pour lever tous les doutes, l'assemblée constituante rendit, le 19 du même mois de juin 1790, un décret qui fut sanctionné dès le 23, et dont voici les termes:

« L'assemblée nationale décrète que la Noblesse héréditaire est pour toujours abolie; qu'en conséquence, les titres de prince, de duc, de comte, de marquis, vicomte, vidame, baron, chevalier, messire, écuyer, noble, et tous autres titres semblables, ne seront ni pris par qui que ce soit, ni donnés à personne;

» Qu'aucun citoyen français ne pourra prendre que le vrai nom de sa famille;

» Qu'il ne pourra non plus porter ni faire porter de livrée, ni avoir d'armoiries;

» Que l'encens ne sera brûlé dans les temples que pour honorer la divinité, et ne sera offert à qui que ce soit;

» Que les titres de monseigneur et de messeigneurs ne seront donnés ni à aucun corps ni à aucun individu, ainsi que les titres d'excellence, d'altesse, d'éminence, de grandeur;

» Sans que, sous prétexte du présent décret, aucun citoyen puisse se permettre d'attenter aux monumens placés dans les temples, aux chartes, titres et autres renseignemens intéressant les familles ou les propriétés, ni aux décorations d'aucuns lieux publics ou particuliers; et sans que l'exécution des dispositions relatives aux livrées et aux armes placées sur les voitures, puisse être suivie ni exigée par qui que ce soit, avant le 14 juillet pour les citoyens vivant à Paris, et avant trois mois pour ceux qui habitent les provinces ».

II. Cette loi aurait été facilement éludée, si son exécution n'eût été garantie par des dispositions pénales: l'assemblée constituante ne tarda pas à s'en convaincre; et le 27 septembre 1791, elle rendit le décret suivant, qui fut sanctionné le 16 octobre de la même année:

« Art. 1. Tout citoyen français qui, à compter du jour de la publication du présent décret, insérera dans ses quittances, obligations, promesses, et généralement dans tous ses actes quelconques, quelques-unes des qualifications supprimées par la constitution, ou quelques-uns des titres ci-devant attribués à des fonctions qui n'existent plus, sera condamné par corps à une amende égale à six fois la valeur de sa contribution mobiliere, sans déduction de la contribution foncière; lesdites qualifications ou titres seront rayés par procès-verbal des juges du tribunal; et ceux qui auront commis ce délit contre la constitution, seront condamnés en outre à être rayés du tableau civique, et seront déclarés

incapables d'occuper aucun emploi civil et militaire (1).

» 2. La peine et l'amende seront encourues et prononcées, soit que lesdits titres et qualifications soient, dans le corps de l'acte, attachés à un nom, ou réunis à la signature, ou simplement énoncés comme anciennement existans.

» 3. Seront punis des mêmes peines, et sujets à la même amende, tous citoyens français qui porteraient les marques distinctives qui ont été abolies, ou qui feraient porter des livrées à leurs domestiques, et placeraient des armoiries sur leurs maisons ou sur leurs voitures. Les officiers municipaux et de police seront tenus de constater cette contravention par leurs procès-verbaux, et de les remettre aussitôt, dans la personne du greffier du tribunal, au commissaire du roi, qui, sous peine de forfaiture, sera tenu d'en faire l'état au juge dans les vingt-quatre heures de la remise qui lui aura été faite desdits procès-verbaux par la voie du greffe.

» 4. Les notaires ou tous autres fonctionnaires et officiers publics, ne pourront recevoir des actes où ces qualifications et titres supprimés seraient contenus ou énoncés, à peine d'interdiction absolue de leurs fonctions (2); et leur contravention pourra être dénoncée par tout citoyen.

» 5. Seront également destitués pour toujours de leurs fonctions, tous notaires fonctionnaires et officiers publics qui auraient prêté leur ministère à établir les preuves de ce qu'on appelait ci-devant Noblesse (3); et les particuliers à la requête desquels il serait prouvé qu'ils ont donné des certificats tendans à cette fin, seront condamnés à une amende égale à six fois la valeur de leur contribution mobilière, et à être rayés du tableau civique; ils seront déclarés incapables d'occuper à l'avenir aucune fonction publique.

« 6. Les préposés au droit d'enregistrement seront tenus, à peine de destitution, d'arrêter les actes qui leur seraient présentés, et qui, à dater du jour de la publication de la présente loi, contiendraient quelques-uns des titres et qualifications abolis par la constitution; et de les remettre au commissaire du roi du tribunal, lequel sera aussi tenu d'agir comme il est prescrit par l'art. 3 ».

III. L'érection du gouvernement français en monarchie impériale, ouvrage du sénatus-consulte du 28 floréal an 12, amena la création, non pas d'une nouvelle Noblesse proprement dite, mais d'une institution qui remplaçât, autour du trône, l'ancienne Noblesse, sans néanmoins faire revivre les privilèges exclusifs et les exemptions dont celle-ci avait tant abusé.

De là, le sénatus-consulte du 14 août 1806, dont les dispositions, rapportées au mot *Majorat*, §. 6, ont été développées en ces termes par le premier des statuts impériaux du 1er mars 1808:

» Vu le sénatus-consulte du 14 août 1806, nous avons décrété et ordonné, décretons et ordonnons ce qui suit:

» Art 1er. Les titulaires des grandes dignités de l'empire porteront le titre de *prince* et *d'altesse sérénissime*.

» 2. Les fils aînés des grands dignitaires auront de droit le titre de *duc*, lorsque leur père aura institué en leur faveur, un majorat produisant 200,000 francs de revenu. Ce titre et ce majorat seront transmissibles à leur descendance directe et légitime, naturelle ou adoptive, de mâle en mâle, et par ordre de primogéniture.

» 3. Les grands dignitaires pourront instituer, pour leur fils aîné ou puîné, des majorats auxquels seront attachés des titres de *comte* ou de *baron*, suivant les conditions déterminées ci-après

» 4. Nos ministres, les sénateurs, nos conseillers d'état à vie, les présidens du corps législatif, les archevêques, porteront, pendant leur vie, le titre de *comte*. Il leur sera, à cet effet, délivré des lettres patentes scellées de notre grand sceau.

» 5. Ce titre sera transmissible à la descendance directe et légitime, naturelle ou adoptive, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, de celui qui en aura été revêtu; et pour les archevêques, à celui de leurs neveux qu'ils auront choisi, en se présentant ...., afin d'obtenir, à cet effet, nos lettres patentes, et, en outre, aux conditions suivantes.

» 6. Le titulaire justifiera, dans les formes que nous nous réservons de déterminer, d'un revenu net de 30,000 francs, en biens de la nature de ceux qui devront entrer dans la formation des majorats. Un tiers desdits biens sera affecté à la dotation du titre mentionné dans l'art. 4, et passera avec lui sur toutes les têtes où ce titre se fixera.

» 7. Les titulaires mentionnés en l'art. 4, pourront instituer, en faveur de leurs fils aîné ou puîné, un majorat auquel sera attaché le

(1) Ces peines ont été changées par la loi du 6 fructidor an 2, rapportée à l'article *Nom*, §. 3 et c'est à celle-ci qu'est censé se référer l'art. 15 du décret du 1er. mars 1808, que l'on trouvera ci-après n°. 3.

(2) *V.* l'article *Notaire*, §. 5, n°. 5.

(3) *Ibid.*

titre de *baron*, suivant les conditions déterminées ci-après (1).

» 8. Les présidens de nos colléges électoraux de département, le premier président et le procureur général de notre cour de cassation, le premier président et le procureur général de notre cour des comptes, les premiers présidens et les procureurs généraux des nos cours d'appel, les évêques, les maires des trente-sept bonnes villes qui ont droit d'assister à notre couronnement, porteront, pendant leur vie, le titre de *baron*, savoir : les présidens des colléges électoraux, lorsqu'ils auront présidé le collége pendant trois sessions ; les premiers présidens, procureurs généraux et maires, lorsqu'ils auront dix ans d'exercice, et que les uns et les autres auront rempli leurs fonctions à notre satisfaction.

» 9. Les dispositions des art. 5 et 6 seront applicables à ceux qui porteront, pendant leur vie, le titre de *baron* ; néanmoins, ils ne seront tenus de justifier que d'un revenu de 15,000 francs, dont le tiers sera affecté à la dotation de leur titre, et passera avec lui sur toutes les têtes où ce titre se fixera.

» 10 Les membres de nos colléges électoraux de département, qui auront assisté à trois sessions des colléges, et qui auront rempli leurs fonctions à notre satisfaction, pourront se présenter devant l'archichancelier de l'empire, pour demander qu'il nous plaise de leur accorder le titre de *baron* ; mais ce titre ne pourra être transmissible à leur descendance directe et légitime, naturelle ou adoptive, de mâle en mâle et par ordre de primogéniture, qu'autant qu'ils justifieront d'un revenu de 15,000 francs de rente, dont le tiers, lorsqu'ils auront nos lettres-patentes, demeurera affecté à la dotation de leur titre, et passera avec lui sur toutes les têtes où il se fixera.

» 11. Les membres de la légion-d'honneur, et ceux qui, à l'avenir, obtiendront cette distinction, porteront le titre de *chevalier*.

» 12. Ce titre sera transmissible à la descendance directe et légitime, naturelle ou adoptive, de mâle en mâle, par ordre de primogeniture, de celui qui en aura été revêtu, en se retirant devant nous, afin d'obtenir à cet

---

(1) Cet article et quelques-uns des précédens ont fait naître ainsi que l'art. 75 du second statut du 1er. mars 1808 (rapporté au mot *Majorat*, §. 6, n°. 1), plusieurs questions sur lesquelles il a été ainsi statué par un décret du 4 juin 1809 :

« Notre cousin le prince archichancelier de l'empire nous ayant présenté un rapport du conseil du sceau des titres, dans lequel sont discutées plusieurs questions relatives à la transmission et à la cumulation des titres, qui se sont élevées à l'occasion de diverses requêtes à nous adressées, et dont la solution ne peut se trouver que dans une interprétation précise des art. 2, 3, 4, 5 et 7 du premier statut du 1er. mars 1808, et de l'art. 75 du second statut de même date ; ayant égard aux observations qui nous ont été exposées dans ce rapport et qui ont pour objet de favoriser les titulaires des titres d'offices et de majorats conférés par nous, sans néanmoins qu'il soit porté atteinte, soit aux droits communs réservés par l'art. 74 du second statut, soit à l'esprit et aux principes généraux de l'institution ; et enfin, voulant établir sur ce point les principes qui doivent servir de règle aux délibérations de notre conseil du sceau, dans l'examen qu'il aura à faire des requêtes en obtention de titres et en formation de majorats qui lui seront par nous renvoyées ; notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

» Art. 1er. Le titulaire de deux titres de droit qui n'aura pas de majorat, ne pourra porter que le titre qui est attaché au plus éminent des deux offices auxquels il a été successivement nommé : néanmoins, si, par la suite, il fondait un majorat, conformément aux art. 5, 6, 7, 8, 9 et 10 de notre premier statut du 1er. mars 1808, il acquerrait le droit de cumuler les deux titres.

» 2. Ceux de nos sujets qui réuniront les qualités et rempliront les conditions prescrites par les statuts, pourront successivement solliciter et obtenir la faculté de fonder plusieurs majorats. La transmission de ces majorats s'opérera dans la même ligne, ou se divisera dans les diverses branches de la descendance du titulaire, selon qu'il en aura été statué dans nos lettres-patentes de formation.

» 3. Le titulaire d'un majorat, devenant par succession héritier d'un nouveau majorat, recueillera l'héritage de ce majorat ; mais il ne pourra cumuler les deux titres, que lorsqu'il aura justifié de ses droits devant notre conseil du sceau des titres, dans la forme déterminée par l'art. 14 de notre décret du 4 mai dernier.

» 4. Si le titulaire d'un majorat et celui d'un titre de droit sont en même temps ou deviennent membres de la légion d'honneur, ils joindront à leur titre de droit, ou à celui de leur majorat, le titre de chevalier.

» 5. Immédiatement après qu'en conformité de l'art. 2 du premier statut du 1er mars 1808, nous aurons donné nos lettres-patentes pour la formation d'un duché transmissible dans la famille d'un des grands dignitaires de notre empire, le fils aîné de ce grand dignitaire portera le titre de duc, soit que le majorat ait été doté de notre munificence, soit qu'il ait été institué par fondation volontaire. Le fils d'un duc portera également le titre de comte, et celui d'un comte le titre de baron, immédiatement après qu'il aura été institué un majorat dont la transmission sera assurée à l'un ou à l'autre par nos lettres-patentes ».

Cette dernière disposition est renouvelée par l'art. 10 du premier décret du 3 mars 1810, rapporté au mot *Majorat*, §. 6, n°. 6.

effet nos lettres-patentes, et en justifiant d'un revenu net de 3,000 francs au moins.

» 13. Nous nous réservons d'accorder les titres que nous jugerons convenables, aux généraux, préfets, officiers civils et militaires, et autres de nos sujets qui se seront distingués par des services rendus à l'état.

» 14. Ceux de nos sujets à qui nous aurons conféré des titres, ne pourront porter d'autres armoiries, ni avoir d'autres livrées que celles qui sont énoncées dans les lettres-patentes de création.

» 15. Défendons à tous nos sujets de s'arroger des titres et qualifications que nous ne leur aurions pas conférés, et aux officiers de l'état civil, notaires et autres, de les leur donner; renouvelant, autant que besoin serait, contre les contrevenans, les lois actuellement en vigueur ».

§. IX. *Rétablissement de l'ancienne noblesse.*

La Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, apres avoir dit,

« Art. 1er. que « les Français sont égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs » ;

» Art. 2. qu' « ils contribuent indistinctement, dans la proportion de leur fortune, aux charges de l'état » ;

Et art. 3. qu' « ils sont tous également admissibles aux emplois civils et militaires »;

Ajoute, art. 71 : « La noblesse ancienne reprend ses titres. La nouvelle conserve les siens. Le roi fait des nobles à volonté, mais il ne leur accorde que des rangs et des honneurs, sans aucune exemption des charges et des devoirs de la société ».

L'ancienne noblesse est également rétablie dans le royaume des Pays-Bas; et de là, les dispositions suivantes d'un arrêté royal du 26 janvier 1822;

« Voulant assurer d'une manière régulière à ceux de nos sujets dont les demandes d'être reconnus appartenir à la noblesse des Pays-Bas, ou d'y être agrégés, ont été accordées par nous, ainsi qu'à ceux que nous avons anoblis ou investis de titres de noblesse, la jouissance de ces concessions.....,

» Avons arrêté et arrêtons :

» Art. 1er. Il est expressément ordonné à toutes cours de justice et tribunaux, aux officiers de l'état civil, notaires, ainsi qu'à tous fonctionnaires publics quelconques, d'attribuer, dans leurs actes, aux personnes y mentionnées, les titres de noblesse ou les qualités que nous avons reconnu leur appartenir, ou qui leur ont été conférés par nous, à tel effet que, dans les actes authentiques, ces personnes ne seront autrement indiquées, qu'avec les titres et les qualités qui leur appartiennent.

» Il est, au contraire, expressément défendu auxdites cours de justice, tribunaux, officiers de l'etat civil, notaires, ainsi qu'à tous fonctionnaires publics, d'attribuer à des personnes mentionnées dans leurs actes, des titres de noblesse ou des qualités quelconques que nous n'avons pas reconnu leur appartenir, ou que nous ne leur avons point accordés.

» 2. Pour qu'il puisse être convenablement satisfait à ce qui est prescrit à l'article précédent, le conseil suprême de noblesse nous soumettra des états nominatifs, par ordre alphabétique, des personnes ou familles dont les titres et la noblesse se trouvent inscrits sur ses registres. Ces états contiendront 1o. les nom, prénoms et domicile du titulaire; 2o le titre et la qualité auxquels il a droit; et 3o. les titres et qualités qui en émanent pour les membres de sa famille, soit pendant la vie du titulaire, soit après son déces.

» Il sera donné aux dits etats nominatifs la publicité nécessaire par la voie du Journal officiel pour que chacun s'y conforme, et spécialement les fonctionnaires publics.

» 3. Il est accordé aux personnes et aux familles nobles qui ne se sont point encore adressées, pour obtenir la confirmation ou la reconnaissance de leur noblesse, ou qui, étant dejà inscrites au conseil suprême de noblesse, croiraient pouvoir, avec raison, prétendre à d'autres titres qu'à ceux sur lesquels elles sont connues sur les registres du conseil, un délai de six mois, à compter de la date du présent arrêté, à l'effet de s'adresser au conseil suprême de noblesse, pour obtenir pareille confirmation, reconnaissance ou mutation sur les registres.

» 4. Le conseil suprême de noblesse nous soumettra successivement les demandes des personnes ou familles qui, par suite de la permission mentionnée à l'art. 3, se seraient adressées au conseil; il joindra ses considérations à chacune de ces demandes, pour que nous puissions y statuer comme nous jugerons appartenir, après que les parties intéressées auront été, en tant que de besoin, mises à même d'appuyer leurs prétentions par des preuves ultérieures.

» 5. Le conseil suprême de noblesse nous présentera également, de temps à autre, aux fins énoncées à l'art. 2, des etats supplémentaires des personnes et familles dont les titres ou la noblesse sont transcrits sur ses registres, conformément aux dispositions des articles

précédens; ainsi que de tous ceux qui, à l'avenir, seraient agrégés à la Noblesse des Pays Bas ou anoblis par nous, ou auxquels nous aurons conféré des titres de Noblesse, et qui se trouveraient par là inscrits aux registres du conseil (1) ».

Au surplus, *V.* les articles *Baron*, *Chevalier*, *Comte*, *Duc*, *Marquis*, *Majorat*, *Nom*, et *Franc-fief*]].

* NOCES (SECONDES). On appelle *secondes Noces*, un mariage qui a été précédé par un autre mariage.

Les empereurs romains avaient fait plusieurs constitutions sur les secondes Noces : elles ont paru si sages que, dans celles de nos provinces où elles n'ont pas conservé l'autorité de la loi, les peuples dans leurs coutumes, et nos rois dans leurs ordonnances, se sont empressés d'en adopter les principales dispositions.

Mais ces coutumes et ces ordonnances n'étant ni uniformes entre elles, ni absolument conformes au droit romain, et n'ayant d'ailleurs pas tout prévu, il en est résulté sur une foule de questions, une grande variété dans la jurisprudence des differens parlemens et dans les usages des différentes provinces. Tous ces usages paraissent autorisés, ou par l'interprétation littérale des lois, ou par les principes qui ont présidé à leur rédaction, et les motifs de bien public qui en ont perpétué l'empire.

Nous rendrons d'abord compte des dispositions et des motifs de nos lois sur les secondes Noces, soit avant, soit après l'an de deuil.

Passant ensuite aux questions qui naissent de ces lois, nous ferons connaître quelles sont les peines prononcées contre les veuves qui se remarient, ou pendant l'année du deuil, ou à des personnes indignes, ou sans avoir fait pourvoir de tuteur les enfans de leur premier lit.

Nous dirons, troisièmement, quels sont, en cas de secondes Noces, après l'an du deuil, les avantages résultans du premier mariage, dont la propriété est réservée aux enfans qui en sont provenus;

Quatrièmement, comment doivent être restreints les dons faits au second époux, par celui qui se remarie;

Cinquièmement, comment les coutumes de Paris, d'Orléans et de Calais, étendent la peine des secondes Noces sur les conquêts de la première communauté;

(1) Journal Officiel du royaume des Pays-Bas, tome 17, partie 1, n°. 1.

[[Sixièmement, quelle ont été là-dessus les règles de notre législation intermédiaire;

Septièmement, quelles sont celles du Code civil;

Huitièmement, quelle est, dans la succession d'une veuve remariée sous un statut qui, la privant du droit de succéder aux enfans de son premier mariage, et excluant ceux-ci du droit de lui succéder, déférait la totalité de sa dot à son second mari, l'influence que doivent exercer respectivement et ce statut et le Code civil, lorsque c'est sous l'empire de celui-ci que cette veuve est décédée;

Enfin, si les enfans adoptifs peuvent, comme les enfans naturels et légitimes, faire réduire les avantages conférés par celui qui les a adoptés, à son second époux.]]

§. I. *Dispositions et motifs des lois sur les secondes Noces.*

I. Les peuples anciens, qui admettaient le divorce et la poligamie, étaient bien éloignés de proscrire et même de restreindre les secondes Noces. Si, pour nous servir des expressions d'un grand magistrat, « dans les climats ardens » de l'Inde, le mariage paraît si sacré, qu'à la » mort de l'époux, la veuve doit choisir entre le » bûcher et l'ignominie », ces mœurs atroces, cette horrible tyrannie des maris ne s'est jamais étendue jusque dans nos contrées plus tempérées : c'était, au contraire, chez les Hébreux, un devoir que la loi politique et religieuse imposait aux veuves d'épouser le frère ou le plus proche parent de leur mari défunt. Il paraît, par l'histoire de la veuve de Sichée, que c'était au moins un usage autorisé chez les Phéniciens, qui, par leurs relations de commerce et l'établissement de leurs colonies, ont infiniment influé sur les institutions d'un grand nombre de nations, et surtout des Grecs.

Les anciens Romains, qui avaient formé leurs lois sur celles des Grecs, semblaient, en favorisant les secondes Noces, vouloir encourager la population; ils envisageaient, comme contraires à la félicité de la république, les dernières dispositions d'un mari, qui, trop jaloux de vivre seul dans le souvenir de sa veuve, aurait tenté de lui enlever la liberté de passer dans les bras d'un autre.

Malgré la faveur des testamens, la loi *Julia Miscella* veut que, quelle que soit la prohibition du mari, sa veuve puisse contracter un second mariage, pourvu toutefois qu'elle fasse serment que son objet est de donner des enfans à la république; et que ce serment fait, elle obtienne la délivrance des dons de son mari.

Il nous est resté plusieurs décisions répandues sous la rubrique du Digeste *de conditionibus et demonstrationibus*, qui, conformément à cette loi, rejettent de pareilles conditions, et laissent à la veuve la liberté de se remarier, sans la priver de ce qui lui est laissé dans le testament de son premier époux à la charge de garder la viduité : il en est d'autres qui, sur des hypothèses particulières, examinent si l'objet du mari, en défendant à la veuve de se remarier avec tel ou tel, n'a pas été de porter indirectement atteinte à la loi *Julia Miscella* ; et, s'il parait que tel ait été en effet son objet, la condition qu'il a mise à ses libéralités, est reprouvée, ces lois n'y ont aucun égard.

Le serment même que l'on exigeait de la veuve, avait d'abord paru trop gênant à Justinien : ce prince avait écarté toutes ces entraves par une constitution expresse, c'est la loi 2, C. *de indictâ viduitate tollendâ : Lex Julia Miscella cedat*, dit cet empereur, *à nostrâ republicâ separata ; augeri etenim nostram rempublicam à multis hominibus legitimè progenitis frequentari quàm impiis perjuriis affici volumus.*

Quelques années après, Justinien abrogea cette loi, et approuva, dans l'authentique *cui relictum*, les clauses de viduité. Dès-lors la femme ne put plus aspirer aux libéralités de son mari, qu'autant qu'elle resterait veuve, si ces libéralités avaient été accompagnées de clauses qui lui en imposaient l'obligation.

Mais, avant de tracer le tableau de cette révolution de la jurisprudence romaine, il est bon d'observer que les lois anciennes ne s'étaient pas même élevées contre ces veuves qui, en fermant pour ainsi dire, la tombe de *leur premier époux, délaissent sa cendre encore fumante, pour voler à de nouveaux engagemens.* On connait l'histoire de Porcia, qui, répudiée par César, porta dans une autre famille le dernier des Brutus dont elle était déjà enceinte : on connaît l'histoire de Livie, c'est, à peu de chose près, celle de la veuve d'Urie : les attentats des hommes puissans se retrouvent dans les fastes de toutes les nations. Le meurtre d'Urie était sans doute l'infraction la plus atroce des lois de toute société ; mais les secondes Noces précipitées de Bethsabée avec le meurtrier dont le crime n'était pas encore connu, n'étaient point contraires aux mœurs des Hebreux et des antres peuples, et n'étaient defendues par des lois, ni chez les Juifs, ni chez les Romains, soit après le divorce, soit après le décès d'un premier époux.

Je crois que ce fut l'indissolubilité et la sainteté du mariage des premiers chrétiens qui amena la révolution : en interdisant la pluralité des femmes, en concentrant sur un objet unique le sentiment profond et ardent de l'amour, en l'epurant, en quelque sorte, la religion a perpétué l'attachement des époux au-delà du tombeau ; la mort n'a plus séparé des êtres qui s'étaient unis pour jamais, et qui avaient la certitude de se retrouver dans une autre vie.

A la vérité, S. Paul avait dit, dans sa première épitre aux Corinthiens : *Mulier alligata est legi, quanto tempore vir ejus vivit ; Quòd si dormierit vir ejus, liberata est, cui vult nubat tantùm in domino.* Le septième canon du concile de Nicée avait déclaré hérétiques les *cathares ou purs*, qui condamnaient les seconds mariages, et avait défendu de les admettre à entrer dans l'église, s'ils n'abjuraient par écrit cette erreur. S. Augustin avait aussi décidé que les troisièmes, quatrièmes, cinquiemes Noces, étaient comprises dans le texte de S. Paul: *Apostolus dicens, si dormierit vir ejus, non dicit primus vel secundus, vel quartus ; nec nobis definiendum est quod non definit apostolus ; undè nec ullas debes damnare nuptias, nec eis verecundiam numerositatis inferre.*

C'était la décision de plusieurs autres pères ; mais ce que l'évangile n'ordonnait pas par ces préceptes, résultait des sentimens et des mœurs qu'il inspirait : d'ailleurs on se forma peu à peu des idées mystiques sur la continence ; S. Paul ayant donné la préférence à la continence sur le mariage, quoique, sans la conseiller, un zèle inconsidéré fit bientôt regarder comme défavorable tout ce qui éloignait de ces idées d'une perfection évangélique : on soumit à la pénitence publique ceux qui passaient à d'ultérieurs mariages, *non quòd peccent*, dit Baronius, dans ses annales sur l'année 315, *sed quòd suam incontinentiam manifestent.*

Enfin, l'église consacre, par des cérémonies religieuses, les funérailles qui suivent le décès : elle appelle ses fidèles à venir dans ses temples et sur les tombeaux, expier, par des prières, les fautes de leurs pères et de leurs époux défunts : c'eût été sans doute une profanation regardée comme abominable dans ces temps de ferveur, de mêler les pompes et les joies d'un nouvel hymen aux larmes de ces expiations lugubres.

Ainsi, les mariages dans l'an du deuil devinrent moins fréquens parmi les chrétiens, avant que les lois des premiers successeurs de Constantin les eussent interdits aux veuves. Ce furent sans doute les grands motifs de l'intérêt public qui déterminèrent ces lois ; et pour

nous servir encore des expressions d'un magistrat qui, par son dévouement constant à la patrie, par une intégrité que rien n'a jamais altérée, par la profondeur de ses idées dégagées de tous les préjugés scholastiques, s'est montré le digne émule des Bignon, des d'Aguesseau et des Talon, « ce ne fut point un » vain tribut pour le mari que la loi imposa » à la veuve; elle eut des motifs plus relevés. » Les législateurs sentirent les inconvéniens » funestes à la société, qui résulteraient de » deux maris plus rapprochés. Le mari peut » avoir laissé sa femme enceinte: qu'elle passe » brusquement dans les bras d'un nouvel » époux, n'en résulterait-il pas une incerti- » tude sur les enfans qu'elle pouvait mettre » au jour? La facilité d'un second mariage trop » prompt irriterait les flammes impures dont » pourrait brûler une femme infidele; et, sans » doute, la présomption de l'adultère s'élève » d'elle-même contre toute veuve qui, à » peine a rendu les honneurs funèbres à son » mari, qu'elle fait le choix du second. On a » pensé que, si de nouvelles Bethsabées pou- » vaient concevoir l'espérance d'un second » mariage, d'abord après le decès de leur mari, » elles pourraient elles-mêmes précipiter leur » mort par des voies criminelles. En reculant » le terme des secondes Noces (ajoute M. Du- » paty), la loi a voulu diminuer l'activité des » désirs de la femme infidèle, et désarmer ses » mains, par la crainte que, dans un si long » intervalle, le prix de son crime ne pût lui » échapper ».

Ces motifs étaient trop injurieux à l'humanité, pour que la loi les dévoilât: aussi a-t-elle déguisé ses vues sous des idées plus nobles, en appelant à son secours la sensibilité, l'honneur, la décence, la reconnaissance et la religion. Aussi les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, les premiers qui aient prononcé des peines contre les veuves qui se remarieraient dans l'an du deuil, se sont-ils appuyés sur le mépris de la religion.

[[Quoique depuis la constitution du 3 septembre 1791, le mariage n'ait plus été considéré en France que comme un contrat civil, la loi du 20 septembre 1792, sur le divorce, n'a pas laissé de défendre à la femme divorcée de se remarier avant l'expiration de l'année dans laquelle le divorce serait prononcé. Elle a même déclaré cette défense commune au mari dans certains cas. Voici ses termes :

« §. 3, art. 2. Les époux divorcés... ne pourront contracter avec d'autres un nouveau mariage qu'un an après le divorce, lorsqu'il aura été prononcé sur consentement mutuel, ou pour simple cause d'incompatibilité d'humeurs ou de caractères.

» 3. Dans le cas où le divorce a été prononcé pour cause déterminée, la femme ne peut également contracter un nouveau mariage avec un autre que son premier mari, qu'un an après le divorce, si ce n'est qu'il soit fondé sur l'absence du mari depuis cinq ans, sans nouvelles ».

Mais la loi du même jour, sur les actes de l'état civil, ne déterminait, pour le cas de dissolution du mariage par mort, aucun intervalle dans lequel il fût défendu à l'époux veuf d'en contracter un nouveau : elle disait seulement, tit. 4, sect. 1, art. 10, que « toute » personne engagée dans les liens du mariage, » ne peut en contracter un second que le pre- » mier n'ait été dissous, conformément aux » lois ».

Le Code civil a établi là-dessus un nouvel ordre de choses. Il a laissé aux maris veufs ou divorcés la liberté de se remarier quand ils le jugeraient à propos; mais il n'a permis à la femme de contracter un nouveau mariage qu'après dix mois revolus depuis la dissolution du précédent, soit que cette dissolution eût été opérée par le divorce, soit qu'elle l'eût été par la mort du mari. *V.* ci-après, §. 2, n°. 1.]]

Les lois des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, conservées dans le titre *de secundis Nuptiis*, au Code, frappent d'infamie les femmes qui se remarient dans l'an du deuil, les privent de tous les droits, de tous les privilèges des personnes honnêtes; leur défendent de porter en dot à leurs seconds maris plus du tiers de leurs biens; les déclarent incapables de recevoir de quelque personne que ce soit, par donation ou testament à cause de mort, aucun legs, fidéicommis, succession, hérédité; même de recueillir *ab intestat* d'autres successions que celles de leurs ascendans, ou de leurs collatéraux, jusqu'au second degré; et enfin les dépouillent de tous les avantages qui auraient pu leur être faits par leurs premiers époux.

La veuve impudique qui sera flétrie par un commerce illégitime, mérite bien moins d'indulgence que celle qui a couvert sa passion du voile du sacrement. L'authentique *eisdem pœnis* soumet aux peines précédentes, la veuve qui accouche dans l'année du deuil, à moins qu'il ne soit constant que l'enfant n'appartient pas au défunt. *Si modo indubitatum sit sobolem hanc ex defuncto non existere.*

Tels sont les principes des peines de l'an du deuil. [[On verra ci après, §. 2, n°. 1,

quelle est, à cet égard, la législation actuelle de la France.]]

III. C'est le même esprit, c'est la même réunion des idées religieuses à des vues d'une saine politique, qui a dicté les autres peines des secondes Noces. On a voulu prevenir ces inconvéniens que le chancelier de l'Hôpital a dépeints d'une manière si énergique, dans le préambule de l'édit de François II : « Les veu» ves ne connaissant point être recherchées » plus pour leurs biens que pour leurs person» nes, abandonnent leurs biens à leurs nou» veaux maris ; et sous prétexte et faveur du » mariage, leur font donations immenses, » mettent en oubli le devoir de nature envers » leurs enfans, de l'amour desquels tant s'en » faut qu'elles doivent s'éloigner par la mort » des pères, que, les voyant destitués du se» cours et aide de leurs pères, elles devraient, » par tout moyen, s'occuper à faire le double » office de père et de mère; desquelles dona» tions, outre les querelles et divisions d'en» tre les mères et les enfans, s'ensuit la désola» tion des bonnes familles, et conséquem» ment diminution de la force de l'état pu» blic ».

Des inconvéniens aussi sensibles avaient déjà fixé l'attention des législateurs romains. Convaincus que les avantages mutuels des époux, dans un premier mariage, ne pouvaient avoir d'autre objet que ce mariage même et les enfans qui devaient leur existence à cette union; que ces biens, patrimoine naturel des enfans d'un premier lit, ne pouvaient, sans injustice, leur être enlevés pour enrichir une marâtre, et doter les enfans d'un autre hymen, les empereurs romains n'ont fait que ramener ces avantages à leur véritable objet, en ordonnant que la propriété en serait conservée aux enfans du premier lit. Ainsi, la loi *fœminæ* de Gratien, de Valentinien et de Théodose, veut d'abord que les dons et avantages faits par le premier époux, à quelque titre que ce soit, soient convertis, par le fait seul des secondes Noces, en un simple usufruit, et que la propriété en soit assurée aux enfans du premier lit, sans qu'on puisse les aliéner, ou autrement en disposer à leur préjudice.

Et comme souvent les donations à cause de Noces, quoiqu'elles ne proviennent point de la substance du premier époux, ont cependant été faites à sa considération, l'empereur Justinien a ordonné par l'authentique *in donatione*, qu'en cas de secondes Noces, la veuve perdrait également la propriété de ces donations qui auraient un semblable motif.

Les successions des enfans du premier mariage étant une suite des premières Noces, les lois n'ont pas cru devoir en laisser à la veuve remariée la propriété; elles l'ont réservée aux enfans du premier lit, excepté pour les biens qui ne proviendraient point de la substance du père.

La veuve conserve cependant l'administration de ces avantages; il n'y a aucun inconvénient de la lui laisser, dit la loi, parceque ces biens et les siens même restent hypothéqués au profit des enfans : les enfans ne peuvent critiquer son administration de son vivant, parceque, suivant le §. 4 de la loi *si quis*, l'hypothèque garantit tous leurs droits.

La privation de la propriété a lieu au profit des enfans, pour les meubles comme pour les immeubles : et comme les meubles dépérissent par l'usage, l'authentique *sed et si quis* veut qu'ils soient estimés, et que la veuve ne les garde qu'en donnant caution d'en restituer la valeur, ou de les remettre en nature.

Si la veuve ne donne point caution, ces meubles doivent être remis sur-le-champ aux enfans, à la charge de payer à leur mère l'intérêt de l'estimation sur le pied de trois pour cent.

La prévoyance de la loi n'empêche point celle du premier époux. La loi *Julia Miscella* et la loi 2, C. *de indictâ viduitate tollendâ*, sont abrogées; et si le premier mari a mis à ses dons des clauses plus sévères de viduité, elles doivent recevoir leur pleine exécution; ainsi, aux termes du chap. 32 de la Novelle 22, lorsqu'un premier mari n'a laissé à sa veuve qu'un simple usufruit, et ne le lui a laissé qu'à la charge de garder la viduité, les secondes Noces le lui font perdre. [[*V.* l'article *Viduité*.]]

La loi *fœminæ* se contentait de priver la mère de la propriété des dons du premier mari, et lui laissait, ainsi que la loi *in quibus casibus*, le choix de transmettre cette propriété à celui des enfans du premier lit qu'elle voudrait élire. L'authentique *lucrum* ôte à la mère cette option, et veut que ses enfans en profitent également. *Lucrum hoc æqualiter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur.*

Ces premières lois ne concernaient point les hommes; l'empereur Théodose, dit le Grand, avait seulement conseillé à ceux qui avaient des enfans, de ne point passer à d'autres Noces : c'est la loi *generaliter* qui a assimilé le sort des hommes à celui des femmes.

C'est uniquement en faveur des enfans du premier lit que ces lois ont été faites : s'il n'en

existe point, s'ils viennent à prédécéder leurs pères ou leurs mères, ceux-ci, malgré les premières Noces, retiennent en propriété tous les biens qui leur étaient acquis : *Quod si* (dit la loi *fœminæ*, §. 1) *nullam ex priora matrimonio habuerit successionem, vel natus, vel nati decesserint, omna quod quocumque modo perceperit, pleno proprietatis jure obtineat.* Ce ne sont point les secondes Noces en elles-mêmes que les lois ont voulu punir ; ce n'est point la liberté des veufs qu'elles ont voulu restreindre.

Le §. 4 de la loi *si quis* veut que ces peines aient lieu en faveur des enfans nés d'un premier mariage détruit par le divorce, lorsque le divorce est lui-même suivi d'un autre mariage :

La loi *cum aliis* veut aussi qu'elles aient lieu, en cas de troisièmes ou de quatrièmes Noces, en faveur des enfans nés des précédentes.

Cependant les intérêts des enfans n'étaient point encore en sûreté par ces lois. Le vœu de la nature et de la société les appelle à la succession de leur mère. Si le droit civil laisse aux parens jusqu'à un certain point la disposition de leurs biens, c'est qu'il présume que, sans de justes causes, ils n'useront point de cette liberté au préjudice de leurs enfans : mais il était à craindre, qu'égarés, dominés par leur passion pour de seconds époux, les parens n'oubliassent trop facilement les gages de leurs premières affections, et ne les privassent de la succession des biens qui étaient restés à leur disposition. En conséquence, les empereurs Léon et Anthemius, dans la loi *hâc ædictali*, ont défendu aux pères et aux mères qui passeraient à de secondes Noces, de laisser, à quelque titre que ce fût, à leurs seconds époux, une part plus forte de leurs biens que celle de l'enfant qui prendrait le moins dans leur succession. Ils ont étendu la prohibition aux aïeux et aïeules, en faveur des enfans et des petits-enfans ; ils ont défendu toutes les voies indirectes par lesquelles la prohibition pourrait être éludée : *Omni circumscriptione, si qua, per interpositam personam vel alio quocumque modo, fuerit excogitata, cessante.*

Les lois, en veillant ainsi sur le droit des enfans du premier lit, n'ont point prétendu les dégager du respect et de la soumission qu'ils devaient à leurs parens, qui, pour maintenir leur autorité, conservent, malgré les secondes Noces, le pouvoir d'exhéréder ; mais ces parens doivent en user encore avec plus de réserve que les autres pères, et la validité de leurs dispositions doit, aux termes de la loi *cùm apertissimè*, être établie sur les preuves complètes de l'un des cas d'exhérédation autorisés par le droit.

C'est par ces lois que les empereurs romains avaient su réprimer ce que les secondes Noces pouvaient avoir de dangereux. Ces lois sages prévenaient tous les inconvéniens : elles avaient saisi le juste milieu entre les abus des secondes Noces, qu'elles avaient réprimés et les avantages qui en résultaient pour la population, qu'elles n'avaient point empêchés. Mais le despotisme et la superstition sont incapables de tels tempéramens ; ils portent toujours l'abus du pouvoir et les conséquences de leurs préjugés aussi loin qu'ils peuvent aller. Constantin Porphyrogenète, un de ces princes qui avilit la législation romaine par des réglemens idiots et gauches, fit, d'après un concile de l'église grecque, une nouvelle loi contre les secondes Noces : abusant de la qualité de protecteur de son église, il osa prononcer des peines religieuses contre le convol.

Dans sa Novelle, datée de l'an du monde 6534, indiction 9, c'est-à-dire, de l'an 920, ce prince défend à tous ses sujets de contracter à l'avenir un quatrième mariage : il veut que ceux qui oseront le faire, soient privés de toute communion ecclésiastique, et même de l'entrée de l'église : car c'est ainsi, dit-il, que l'ont ordonné les saints pères qui nous ont précédés. Il prononce ensuite, de son autorité, sur ceux qui passent à de troisièmes Noces : ceux qui auront quarante ans passés, seront privés de l'eucharistie pendant cinq ans ; et après ce temps, ne pourront la recevoir que le jour de Pâques. Ceux qui auront trente ans, seront privés de l'eucharistie pendant quatre ans, et ne pourront la recevoir ensuite que les jours de Pâques, de l'Assomption et de Noel. Quant aux premières et aux secondes Noces, cet empereur veut qu'elles ne procèdent point d'un mauvais principe ; qu'elles n'aient point été précédées de rapt ou de concubinage : autrement, dit-il, l'église de J. C. qui est pure et sans tache, ne recevra à la communion ceux qui les auront contractées, qu'après qu'ils auront accompli la pénitence de la fornication, qui est de sept ans, à moins qu'ils ne soient à l'heure de la mort. Les prêtres qui accorderont à quelqu'un la participation des sacremens, contre la disposition de cette loi, seront déposés ; et celui qu'ils auront admis à la grâce des saints mystères, en sera privé, et sera contraint d'achever ce qui restera des sept ans de sa pénitence. *Sacerdos autem qui ausus fuerit, præter id quod statutum est, divinâ participatione aliquem dignari, de proprio gradu in periculum va-*

niet. Eo videlicet qui præter formam constitutam divinâ communione dignus est habitus, ad excommunicationem redacto usque ad septimi anni complementum. Cette loi insensée n'a jamais été observée en France.

IV. Quant à celles de Justinien et des empereurs ses prédécesseurs, qui n'y avaient pas été toutes publiées, les juges de l'église, qui s'emparèrent bientôt de la connaissance des causes civiles, préférèrent de s'attacher à la lettre des décrets des premiers pères.

On a vu qu'en même temps que la sévérité des mœurs du christianisme rendait, sans aucune loi, les secondes Noces plus rares, l'église, distinguant sagement les préceptes des conseils, le devoir de la perfection, s'était opposée à ce que ces mariages pussent être regardés comme prohibés, comme interdits: *Viduæ si se forsitan continere non poterunt secundùm apostolum, nubere nullatenùs vetabuntur.* Mais bientôt on prit à la lettre ces décisions, ces expressions *nullatenùs*; et quoiqu'elles ne pussent avoir pour objet d'autoriser les abus que les lois avaient voulu seulement empêcher, on craignit que ces lois ne continssent une prohibition indirecte des secondes Noces, et les officiaux n'y eurent aucun égard: les papes, dans les décrétales, crurent même pouvoir abroger, par la puissance apostolique, la peine de l'infamie prononcée par l'autorité publique contre les veuves qui se mariaient dans l'année du deuil.

Enfin, quand la puissance temporelle se releva du long avilissement où elle était tombée, elle sentit que, si elle n'était point liée par les édits des derniers empereurs, l'intérêt public exigeait que l'on en adoptât souvent l'esprit pour l'avantage des peuples. Les tribunaux, dans les provinces que nous appelons aujourd'hui de droit écrit, avaient pris pour règle les compilations de Justinien; dans les pays de coutume, les peuples empruntèrent un grand nombre de leurs décisions, et rédigèrent, d'après les principes que ces compilations établissent, les antiques usages introduits par les mœurs et par les Codes des conquérans; quelquefois ils portèrent très-loin les conséquences de ces principes.

En effet, la coutume de Paris, art. 279; celles de Calais, art. 71; d'Orléans, art. 203; de Normandie, art. 91, 390, 405 et 406; de Sedan, art. 99, défendent, comme la loi *hâc edictali*, à la veuve qui se remarie, d'avantager son second époux au-delà de la part des enfans moins prenans; et l'art. 134 de celle de Valois défend, sans distinction, de lui faire aucun avantage au-delà du tiers des immeubles.

La prohibition est étendue aux enfans du second époux par les coutumes de Paris, art. 238; de Calais, art. 99; de Bourbonnais, art. 226, et de Sedan, art. 126.

D'autres coutumes ordonnent, comme la loi *fœminæ*, aux personnes veuves de laisser aux enfans du premier lit la propriété de tous les gains et avantages résultans des premiers mariages: telles sont les coutumes de Calais, art. 71; d'Amiens, art. 107; de Sedan, art. 180; de Vermandois, tit. 3, art. 26, et de Châlons, tit. 6, art. 55.

Les coutumes de Sedan et de Calais paraissent celles de toutes qui ont, à cet égard, les dispositions les plus étendues; car non-seulement elles assurent, comme la loi *fœminæ*, aux enfans du premier mariage tous les dons et avantages faits par le premier époux, mais encore, comme les art. 279 de la coutume de Paris, et 203 de celle d'Orléans, ces lois défendent à la veuve de disposer, au préjudice de ses enfans, de sa part des conquêts de la première communauté.

Cette disposition, qu'une jurisprudence constante a rendue commune aux hommes veufs, et a étendue aux effets mobiliers de la première communauté, est bien plus rigoureuse que la loi *fœminæ*, puisque ces conquêts et ces meubles ne devant pas être regardés comme des bienfaits du premier époux ne peuvent, en aucun cas, être réputés tels à l'égard des maris, mais leur sont au contraire personnels, comme étant les fruits de leur collaboration commune; aussi la réserve n'est-elle pas absolue; il faut observer que les enfans des lits postérieurs succèdent à ces conquêts comme ceux des premiers lits.

Un autre avantage que les veufs retirent de leur premier mariage est la garde de leurs enfans mineurs ou impubères, dont les revenus leur sont déférés à titre de gardiens. Dans plusieurs coutumes, les secondes Noces leur font perdre cet avantage; telles sont les coutumes de Paris, art. 268; de Calais, art. 130; d'Étampes, art. 89; de Clermont, art. 172; de Meaux, art. 152; de Vermandois, tit. 3, art. 261; de Reims, art. 332; de Troyes, tit. 2, art. 17; d'Anjou, tit. 7, art. 85; du Maine, tit. 8, art. 98, et de Chartres, tit. 19, art. 106, etc.

Dans ces coutumes, les hommes, comme les femmes veufs, perdent également la garde de leurs enfans et de leurs petits-enfans, en passant à de secondes Noces; mais cette privation n'a lieu que pour les mères ou les aïeules dans les coutumes de Melun, art. 286, du Grand-Perche, art. 268; de Troyes, art. 339; de Sedan, art. 151; de la Marche, art. 81;

de Montargis, tit. 1, art. 30, et de Blois, tit. 2, art. 9.

[[Le droit de garde est aboli : mais le Code civil y substitue un avantage qui cesse, *à l'égard de la mère* seulement, dans le *cas d'un second mariage*. *V.* l'art. 386 de ce Code, et les mots *Usufruit paternel.*]]

Le don mutuel fait pendant la communauté, n'étant permis en général que dans le cas où il n'y a point d'enfant, n'est pas sujet, par sa nature, aux peines des secondes Noces : mais les coutumes du Maine, art. 334, et de Château-Neuf, art. 106, qui admettent cet avantage réciproque, malgré qu'il y ait des enfans, veulent qu'il soit révocable par les secondes Noces, quoiqu'il ne consiste qu'en usufruit. La coutume de Poitou, qui le permet jusqu'à concurrence de la propriété des meubles, des acquêts et du tiers des propres, le restreint, dans ce cas, à l'usufruit par l'art. 209.

Enfin, les art. 281 de la coutume de Paris, et 72 de celle de Calais, qui permettent aux époux ayant des enfans, de se donner réciproquement, en se mariant, la jouissance de leurs meubles et conquêts, ordonnent que cet avantage cessera, au cas que l'époux se remarie.

[[Les dispositions de ces coutumes sont abrogées. *V.* l'article *Don mutuel.*]]

Il n'était pas besoin de disposition expresse pour empêcher que le douaire de la femme et des enfans du second lit ne pût donner atteinte à celui du premier lit, que la loi leur avait assuré irrévocablement par le fait seul du mariage qui leur a donné l'être. Cependant plusieurs coutumes, comme celles de Paris, art. 254, de Mantes, art. 135, de Senlis, art. 185, ont ordonné, quoique dans des termes différens, que le douaire n'aurait lieu en faveur de la femme et des enfans du second lit, que sur la portion du patrimoine paternel qui resterait libre du douaire des enfans du premier lit, sans qu'il pût accroître par leur mort.

Cette modération du douaire, en cas de secondes Noces, n'est point une peine dans ces coutumes; mais elle en est une dans celle de l'évêché de Metz; en effet, tandis que, par l'art. 4 du tit. 3, la femme mariée jeune fille a pour douaire la totalité de l'usufruit des acquêts ou des *anciens* de son mari à son choix; d'un côté, cette femme, si elle ne reste point en viduité, doit rendre aux enfans du premier lit le tiers du douaire qu'elle a opté; d'un autre côté, la veuve qui se remarie, n'a aucun douaire sur les biens de son second mari, soit qu'il y ait enfans ou non.

[[Les dispositions de ces coutumes sont sans objet depuis que le douaire coutumier est aboli. *V.* l'article *Douaire.*]]

La coutume de l'évêché de Metz met un bien plus grand obstacle aux secondes Noces, en excluant, pour ainsi dire, du patrimoine de leurs ancêtres les enfans du second lit. Suivant l'art. 5 du tit. 11, tous les *anciens* du père échus et à écheoir, et les acquêts faits jusqu'au jour de son second mariage, appartiennent aux enfans du premier lit, privativement à tous les autres qui, en vertu de l'art. 4, n'ont que les acquêts faits constant le mariage duquel ils sont nés et la viduité suivante : il est vrai que l'art. 5 veut que les successions collatérales soient réputées acquêts pour les enfans du mariage pendant lequel elles échoient, et que, si ces successions ne sont ouvertes qu'après le décès du père, tous y viennent également.

En cas de secondes Noces, d'autres coutumes introduisent un ordre de succession bien plus bizarre; les coutumes de S. Sever et de Dax veulent qu'il y ait autant de parts que de mariages; c'est ce que la dernière de ces lois appelle succéder *par ventrée*.

[[Les dispositions de ces coutumes et celle de l'évêché de Metz sont abrogées. *V.* l'article *Dévolution coutumière*, §. 2.]]

Nous ne parlons pas ici des coutumes qui ont ôté la tutelle et la curatelle aux mères et aux aïeules en cas de secondes Noces. Plusieurs de ces lois ont ordonné que, dans ce cas, ces charges passeraient au second époux; mais, par une disposition singulière, et cependant conforme au droit romain, l'art. 31 du tit. 1er. de la coutume de Berri veut que, dans le cas où la veuve passera à d'autres noces avant d'avoir restitué les meubles, rendu compte, et payé le reliquat suivant l'inventaire, elle soit privée des successions et autres droits qui pourraient lui être déférés par la mort de ses enfans.

[[*V.* ci-après, §. 2, n°. 5.]]

Au surplus, sur toutes ces dispositions, aucune de ces coutumes ne s'accorde entièrement avec les autres; un grand nombre renferment des décisions absolument contraires; leurs principes, le plus souvent contradictoires, font naître une foule de questions, dont la décision serait nécessairement arbitraire, si l'on n'était guidé par l'usage, et par la jurisprudence, qui fait connaître l'usage; mais rarement d'une manière bien certaine. D'ailleurs, un grand nombre de coutumes ne prononçaient point de peines contre les secondes Noces; et, dans leur silence, celles du droit romain n'étaient point observées. *Item,*

dit Rebuffe sur les ordonnances, *frustrà disputatur de pœnis secundò nubentium, quia non servantur in hâc patriâ consuetudinariâ.*

Sur un objet où, dans un État comme la France, les considérations du bien public doivent être à-peu-près les mêmes, il eût été à désirer que l'on fixât d'une manière uniforme les principes par une loi générale qui embrassât toutes les questions. L'Hôpital l'eût fait sans doute, s'il eût vécu dans un temps moins orageux : mais ce ministre, principalement occupé du salut de la nation déchirée par des guerres religieuses, et de la constitution attaquée de toutes parts, ne put faire qu'un petit nombre de lois civiles. Elles sont devenues les bases de notre législation ; seules elles surnagent, pour ainsi dire, dans l'abîme de nos réglemens.

La loi de ce grand homme, faite en 1560, sous le règne de François II, rassemble les principales dispositions du droit romain.

Le premier chef de l'édit, conformément à l'esprit de la loi *hâc edictali*, porte « que les » femmes veuves, ayant enfans ou enfans de » leurs enfans, si elles passent à de nouvelles » noces, ne pourront, en quelque façon que ce » soit, donner de leurs biens, meubles, acquêts » ou acquis par elles d'ailleurs que par leurs » premiers maris, pères, meres ou enfans des- » dits maris, ni moins leurs propres à leurs » nouveaux maris, ou autres personnes qu'on » puisse présumer être, par dol ou fraude, » interposées, plus qu'à l'un de leurs enfans, » ou enfans de leurs enfans : et s'il se trouve » division inégale de leurs biens, faite entre » leurs enfans ou enfans de leurs enfans, les » donations par elles faites à leurs nouveaux » maris, seront réduites et mesurées à la rai- » son de celui de leurs enfans qui en aura de » moins ».

Le second chef, conformément aux principales dispositions de la loi *fœminæ*, veut « qu'au regard des biens à icelles veuves, ac- » quis par dons et libéralités de leurs premiers » maris, elles n'en puissent faire aucune part » à leurs nouveaux maris, mais qu'elles soient » tenues de les réserver aux enfans communs » d'entre elles et leurs maris, de la libéralité » desquels iceux biens leur sont avenus ; que » le semblable soit gardé ès biens qui sont ve- » nus aux maris par dons et libéralités de leurs » défuntes femmes, tellement qu'ils n'en puis- » sent faire dun à leurs secondes femmes ; » mais qu'ils soient tenus de les réserver aux » enfans qu'ils ont eus de leurs premières ».

Le législateur déclara enfin qu'il n'entend pas donner aux femmes plus de pouvoir et de liberté de donner et de disposer de leurs biens, qu'elles n'en ont par les coutumes, « auxquelles il n'est dérogé en tant qu'elles » restreignent plus ou autant la libéralité des- » dites femmes ».

Cet édit, qui a été publié dans toutes les cours des provinces du royaume soumises à François II, excepté au parlement de Bordeaux, suivant Automne et Dupin, ne l'a pas été dans les provinces qui n'ont été réunies à la couronne que par Henri IV et ses descendans, comme les trois évêchés de Metz, de Toul et de Verdun, l'Alsace, la Franche-Comté, la Bresse et le Bugey, la Dombes, le Béarn, la Navarre, le Roussillon, la Corse, la Flandre, l'Artois, le Hainaut et le Cambrésis, les duchés de Lorraine et de Bar.

[Mais, 1°. dans la Flandre, l'Artois et le Hainaut, ainsi que dans toutes les provinces belgiques, le deuxième chef de l'édit de François II est érigé en loi expresse par l'art. 28 de l'édit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle, de 1611.]

2°. Dans les deux duchés de Lorraine et de Bar, on suit une ordonnance donnée par le duc Léopold, le 22 décembre 1711, dont les dispositions sont les mêmes que celles de l'édit de 1560.

3°. Dans la plupart des autres provinces, on se conforme aux dispositions de ces lois, ou à celles du droit romain ; c'est ce que Dupin et Automne attestent pour le parlement de Bordeaux.

On n'a pas prévu dans ces édits, les autres cas des lois des empereurs sur les secondes Noces contractées, soit pendant, soit après l'année du deuil ; mais l'ordonnance de Blois, par une disposition inconnue dans les lois romaines, a prononcé l'interdiction des veuves qui se remarieraient à leurs valets ou à d'autres personnes indignes, et a en même temps annulé les avantages qu'elles feraient à leurs seconds époux.]

[[Cette disposition de l'ordonnance de Blois est abrogée. *V.* l'article **Interdiction**, §. 1.

Quant à celles des édits de François II et du duc Léopold, le Code civil n'en conserve qu'une : « l'homme ou la femme (porte-t-il, » art. 1098) qui, ayant des enfans d'un autre » lit, contractera un second ou subséquent ma- » riage, ne pourra donner à son nouvel époux » qu'une part de l'enfant légitime le moins pre- » nant, et sans que, dans aucun cas, ces dona- » tions puissent excéder le quart des biens ».

Et il est à remarquer qu'entre les édits cités et le Code civil, il y a eu une législation intermédiaire qui ne s'accordait ni avec celui-

ci, ni avec ceux-là. Nous en parlerons dans le §. 6 de cet article.]]

Après avoir ainsi fait connaître les textes de nos lois, et les motifs qui ont dicté les principales, nous allons passer à l'examen des questions qu'elle font naître.

§. II. *Des peines de la veuve qui se remarie, ou dans l'année de deuil, ou à une personne indigne, ou sans avoir fait pourvoir de tuteur les enfans de son premier lit.*

I. Les peines prononcées par les lois romaines contre les veuves qui se remarient dans l'an du deuil, n'ont plus lieu que dans quelques coutumes.

[[On a vu, à l'article *Deuil*, §. 2, qu'elles sont actuellement abrogées dans toute la France,

Mais ne sont-elles pas remplacées, à l'égard des femmes qui se remarient, sinon dans l'année, au moins dans les dix mois de la mort de leur premier époux, ou de la prononciation de leur divorce (dans les pays étrangers régis par le Code civil, où le divorce a encore lieu), par la peine de nullité du second mariage ?

Cette question dépend de la manière dont on doit entendre l'art. 228 du Code civil : « La » femme (porte-t-il) ne peut contracter un nou» veau mariage qu'après dix mois révolus de» puis la dissolution du mariage précédent ». Ces mots *ne peut contracter*, ne constituent-ils qu'un empêchement prohibitif, ou emportent-ils un empêchement dirimant ?

De ces deux partis, ce serait le second qui devrait prévaloir, si l'on prenait ici pour guide le principe général de Dumoulin, qui est rappelé à l'article *Nullité*, §. 1, n°. 5 : *Negativa præposita verbo* potest, *tollit potentiam juris et facti*. Il résulterait en effet de ce principe, que la femme veuve ou divorcée est incapable de se remarier dans les dix mois de la dissolution de son précédent mariage; et si réellement elle en était incapable, il est évident que le nouveau mariage qu'elle contracterait dans cet intervalle, serait nul.

Mais peut-on supposer que le législateur ait voulu, en se servant de ces expressions, frapper la femme d'une incapacité proprement dite de se remarier dans le terme dont il s'agit ?

1°. Si telle eût été son intention, il n'aurait pas manqué, dans le chapitre des *demandes en nullité de mariage* (qui est le 4e. du tit. 5 du 1er livre), d'expliquer par quelles personnes pourrait être proposée la nullité du mariage contracté dans ce terme, et à quelle époque s'ouvrirait leur action.

2°. Il n'aurait pas manqué, dans la même hypothèse, de dire qu'un pareil mariage ne pourrait plus être attaqué lorsqu'après l'expiration des dix mois, la femme aurait vécu avec son mari pendant un certain temps ; et il y aurait été, en quelque sorte, forcé par l'exemple de ce qu'il avait dit dans l'art. 185, par rapport au mariage contracté avant l'âge requis.

3°. Il avait été expressément invité par les observations de plusieurs cours d'appel, à assurer l'exécution de l'art. 228, pour la nullité du mariage précoce, et à expliquer quand et par qui cette nullité pourrait être proposée. Pourquoi n'en a-t-il rien fait? C'est, dit M. Locré (*Esprit du Code civil*, tome 2, page 379), qu'annuler le mariage, c'eût été « trop pour la contravention à une simple loi » de précaution, et qui ne tendait directement » ni indirectement, comme les dispositions du » chap. 4, à réprimer des désordres graves. » Il suffisait donc de faire la défense, et de s'en » rapporter à la fidélité de l'officier de l'état » civil du soin de la faire observer ». Et cette doctrine est consacrée par un arrêt solennel de la cour de cassation, dont voici l'espèce :

Le 14 frimaire an 11, mort de Pierre Henri. Le 5 fructidor suivant, Marie Berry, sa veuve, épouse Louis Verchères; et par le contrat de mariage, les deux époux se font donation réciproque, dans le cas où ils n'auraient pas d'enfans, de tous leurs biens, meubles et immeubles, sous la réserve mutuelle d'une somme de 3.000 francs. Le 12 vendémiaire an 12, Louis Verchères meurt sans enfans; sa veuve prend possession, en vertu de son contrat de mariage, de tous les biens de sa succession. Les héritiers de Louis Verchères font assigner Marie Berry devant le tribunal de Charolles, en délaissement de ces biens; Marie Berry leur oppose la donation écrite dans son contrat de mariage. Les héritiers soutiennent que cette donation est nulle, parceque le mariage, qui en a été le motif, est lui-même frappé de nullité par l'art. 228 du Code civil.

Sur ces débats, jugement qui annulle le mariage et la donation, « attendu que l'art. » 228 du Code civil est rédigé en termes néga» tifs, et dès-lors prohibitifs ; ce qui emporte » la peine de nullité ; que, s'il en était autre» ment, la loi serait illusoire, et qu'il en ré» sulterait les plus grands troubles dans les » familles et dans la société ; que le mariage » de Marie Berry étant déclaré nul, il n'a » pu produire aucun effet ; et que, dès-lors, » le contrat de mariage qui contient des libé» ralités, doit être annulé, parcequ'il est de

» principe qu'un acte fait contre la loi et les » bonnes mœurs, ne doit jamais avoir d'exé- » tion ».

Marie Berry appelle de ce jugement, et par arrêt du 3 juillet 1807, la cour de Dijon dit qu'il a été mal jugé,

« Attendu que le législateur, dans les art. 184 et 191 du Code civil, a spécialement désigné et soigneusement énuméré les nullités et empêchemens de mariage qui peuvent être opposés par les collatéraux; que le mariage contracté par la femme dans les dix mois de viduité, n'étant pas compris dans cette énumération, on doit en conclure que la question de savoir si la nullité peut être alléguée par les collatéraux, a été abandonnée à la prudence du juge, ou laissée sous l'empire de l'ancienne jurisprudence;

» Qu'à cet égard, avant l'émission du Code civil, l'action des collatéraux n'était admise que lorsqu'il s'agissait d'un mariage odieux et de ces nullités de premier ordre qui sont tellement essentielles et absolues, qu'elles ne peuvent être couvertes, ni par le bénéfice du temps, ni par aucune fin de non-recevoir; qu'alors, leur réclamation était accueillie, parcequ'elle se trouvait fortifiée par la considération toute puissante du grand intérêt public;

» Que ce caractère ne se rencontre point ici, où il s'agit d'un empêchement qui n'existait point dans l'ancienne législation, qui n'est fondé que sur un intérêt public très-secondaire, et qui n'a été établi que pour le plus grand perfectionnement de la police du mariage; que la réclamation des intimés doit d'autant moins être accueillie, que le mariage qu'ils attaquent, n'a pas été suivi de grossesse, et que par conséquent il n'offre pas l'inconvénient de la confusion du sang, qui est le seul que cette loi de police ait voulu prévenir;

» Que, d'un autre côté, ce mariage a été contracté de bonne foi; que la bonne foi de l'épouse est prouvée par le certificat de l'officier public, duquel il résulte qu'à l'époque où il a été célébré, la loi qui a introduit cet empêchement, ne lui avait pas encore été adressée, et qu'elle était inconnue dans son canton;

» Que, si on objecte que c'est ici une ignorance de droit qui ne peut être alléguée, on peut répondre, qu'en donnant à la bonne foi le privilége de revalider un mariage nullement contracté, le Code civil n'exclud aucun événement qui peut le produire; que l'empêchement dont il est question, ne dérive point du droit naturel, mais d'une considération purement civile; qu'en ce cas, l'ignorance de droit est facilement excusée dans les femmes et dans les gens de campagne, ainsi que l'établissent les lois romaines, dont l'appelante est doublement fondée à réclamer la faveur, étant placée dans l'une et l'autre exception;

» Que d'ailleurs, parmi les monumens de l'ancienne jurisprudence, il est des exemples de mariages maintenus sur la bonne foi des époux, dans le cas de parenté et d'affinité spirituelle, où il n'a pu être question d'une ignorance de droit; et que, par conséquent, la bonne foi de l'épouse s'unit au défaut de qualité des demandeurs, pour faire repousser leur action ».

Les héritiers de Louis Verchères se pourvoient en cassation; mais, par arrêt du 29 octobre 1811, au rapport de M. Liger de Verdigny, et conformément aux conclusions de M. l'avocat général Daniels,

« Attendu que l'art. 228 du Code civil, portant *que la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus, depuis la dissolution du mariage précédent*, n'a pas attaché à cette prohibition la peine de nullité du mariage; que cette prohibition n'est pas rangée parmi les causes des demandes en nullité de mariage, dont il est traité au chap. 4, tit. 5, liv. 1er. du Code;

» Attendu qu'en effet, il y aurait une rigueur exagérée à annuler l'acte le plus important et le plus favorable de la vie civile, un mariage, par l'application trop étendue de cet article du Code, qui ne crée qu'un empêchement temporaire, qui n'est que de précaution et de police, tandis que, pour en remplir le vœu, pour en assurer l'exécution, et pour prévenir les inconvéniens possibles de la précipitation des secondes Noces, il est des moyens suffisans dans l'attention plus exacte des officiers de l'état civil, et dans la surveillance active des magistrats exerçant le ministère public;

» D'où il suit que la cour d'appel de Dijon, en ne reconnaissant pas et ne prononçant pas la nullité du second mariage de Marie Berry, veuve Verchères, n'a pas violé l'art. 228 du Code civil;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

II. Nous avons déjà dit qu'à l'instar des peines de l'an du deuil, établies par le droit romain, nos lois punissent les veuves qui se remarient avec des personnes indignes.

L'art. 454 de la coutume de Bretagne veut que la femme veuve qui se remarie avec son domestique, perde son douaire; dans le cas où celle qui aurait enfant d'autres mariages,

se remarierait *follement à des personnes indignes de sa qualité*, cette coutume annulle tous les dons et avantages que cette veuve aurait faits à *telles personnes*, et la déclare *interdite de tous ses biens*.

L'art. 182 de l'ordonnance de Blois, du mois de mai 1579, a des dispositions analogues : « Et d'autant que plusieurs femmes veuves, » même ayant enfans d'autres mariages, se » remarient follement à personnes indignes de » leur qualité, et, qui pis est, les aucunes à » leurs valets, nous avons déclaré et déclarons » tous dons et avantages qui, par lesdites veu- » ves ayant enfans de leur premier mariage, » seront faits à telles personnes, sous couleur » de donation, vendition, association à leur » communauté, ou autres quelconques, nuls, » de nul effet et valeur ; et icelles femmes, » lors de la convention de tels mariages, avons » mis et mettons en l'interdiction de leurs » biens, leur défendant de vendre ou autre- » ment aliéner, en quelque sorte que ce soit, » et à toutes personnes d'en acheter, ou » faire avec elles autres contrats par lesquels » leurs biens puissent être diminués ; décla- » rons lesdits contrats nuls et de nul effet et » valeur ».

L'ordonnance explique, comme on le voit, la seconde disposition de la coutume, en comprenant dans la prohibition et la nullité, la stipulation de communauté et les autres avantages qui résultent des dispositions des coutumes.

L'ordonnance n'a lieu que dans le cas où il y a des enfans de premiers mariages ; mais dans le cas même où il n'y a point d'enfans, la coutume, à la différence de l'ordonnance, prive la femme du douaire, si le second mariage est fait avec un valet.

Quant à l'interdiction que les deux lois prononcent, elle est encore encourue *ipso facto*, sans qu'il soit besoin de jugement déclaratoire.

Quoique l'interdiction soit prononcée au profit des enfans du premier lit, cependant les enfans du second lit ne sont pas exclus de la succession des biens dont la disposition a été ôtée à leur mère.

L'ordonnance et la coutume sont faites principalement contre les veuves qui épousent leurs valets ; cependant il arrive quelquefois, dit Bechet, qu'une veuve est excusable d'épouser son domestique ; par exemple, la veuve d'un artisan ou d'un laboureur, qui épouserait son garçon pour entretenir sa boutique, ou par la nécessité de continuer le train de sa charrue.

Ce sont là des exceptions naturelles : les veuves des hommes du peuple pourraient difficilement, sans pareils mariages, continuer leur commerce et leur train ; d'ailleurs, leurs garçons sont plutôt leurs compagnons que leurs domestiques.

Ces exceptions ne détruisent point la loi, qui ne présente de difficulté que dans l'application de ces expressions : *et autres personnes indignes de leur qualité*.

Aujourd'hui que l'on a vu les premières maisons de l'état s'allier à des familles récentes et souvent avilies par leur fortune même, il serait contraire à tous les principes de la politique et de la morale, de regarder comme un mariage vil, une de ces alliances qui eussent été recherchées, si le beau-père ou l'époux lui-même eussent eu l'adresse de parvenir à de pareilles fortunes ; il est certain que les préjugés sur les mésalliances ont changé depuis l'ordonnance de Blois.

Quoi qu'il en soit, voici quelle était la jurisprudence.

Un arrêt rendu aux plaids généraux du parlement de Toulouse, en 1579, a prononcé la nullité d'un legs de six cents écus, fait par la veuve d'un conseiller à la sénéchaussée de Tarbes, qui en avait deux enfans, au profit de son fiancé, qui avait été chaussetier.

Un arrêt du parlement de Paris, rapporté par Mornac, a interdit une femme de cinquante ans, qui avait quatre filles de son premier mariage, pour s'être remariée à un jeune homme de trente ans, et lui avoir donné la plus grande partie de ses conquêts, quoique les biens et la naissance de ce second mari ne fussent pas fort au-dessous de ceux de la femme.

Un troisième arrêt, du 19 février 1654, a été rendu contre la veuve d'un homme de fortune, qui, lors de son premier mariage, n'avait en que 400 livres de dot, mais la communauté était de 200,000 livres. Cette femme s'était remariée avec un inconnu, domestique de la maison de Rohan, avait stipulé avec lui communauté, et lui avait donné part d'enfant : l'arrêt ordonna que les effets mobiliers de la première communauté seraient employés en acquisition d'immeubles, dont la mère ne pourrait disposer au préjudice de ses enfans.

[[L'art. 154 de la coutume de Bretagne et l'art. 182 de l'ordonnance de Blois sont abrogés. *V.* les articles *Douaire*, sect. 3, §. 2 ; et *Interdiction*, §. 1er.]]

III. La seconde disposition de l'authentique *eisdem pœnis* soumet encore aux peines de l'an du deuil, la veuve qui se remarie sans faire pourvoir de tuteur ses enfans impubères

du premier lit, dont elle a accepté la tutelle, et sans avoir rendu compte et payé le reliquat.

Cette disposition n'est point suivie dans la France coutumière, excepté dans la coutume du Berri : au contraire, dans presque toutes les autres coutumes, le second mari devient de droit tuteur ou curateur des enfans du premier lit.

Cette disposition n'est pas non plus observée au parlement de Bordeaux, selon Automne et l'auteur des additions au recueil de La Peyrère.

On prétend qu'elle ne l'était pas autrefois au parlement de Toulouse : mais dans ce cas, la jurisprudence de cette cour aurait changé. Un arrêt du 14 août 1698, rendu à la deuxième chambre des enquêtes, après partage de la première, a privé la dame de Molcrun de l'usufruit des libéralités de son premier mari, pour s'être remariée sans avoir fait donner de tuteur à leur fille. Un arrêt du 17 juin 1660 avait déjà jugé que la veuve, perdant la propriété de l'augment, pour s'être remariée *non petitis tutoribus*, ne la recouvrait point par le prédécès de son fils unique. Ainsi, dans ce cas, la veuve est privée, non-seulement de la propriété, mais encore de l'usufruit des choses qui lui ont été données par son premier mari.

Le parlement de Provence est encore plus sévère : il prive la veuve de sa dot et des biens acquis jusqu'au second mariage, sauf cependant la légitime des enfans du second lit. La confiscation a également lieu au profit des petits-enfans du premier lit.

Il ne suffit pas même à la veuve de faire nommer un tuteur : si elle n'a pas rendu compte, elle reste assujétie aux peines, suivant un arrêt du parlement de Toulouse, du 28 juin 1663.

Mais si la mère est mineure, on juge qu'elle est excusable : d'Olive et Cambolas rapportent plusieurs arrêts qui l'ont, en pareil cas, déchargée de la rigueur de la peine.

Ils en citent d'autres qui ont décidé que la peine du défaut de la demande de tuteur, cessait également lorsque les enfans étaient morts en majorité.

Peu importe que la mère, avant le convol, ait été tutrice ou non; il faut toujours qu'avant ce convol, elle fasse pourvoir ses enfans de tuteurs; sinon, elle est assujétie aux peines, suivant la jurisprudence des arrêts rapportés par Catelan et Cambolas.

[[Avant la publication du Code civil, et depuis celle de la loi du 17 nivôse an 2, la veuve qui, se trouvant, en pays de droit écrit, chargée de la tutelle de ses enfans, se remariait sans leur avoir fait nommer un nouveau tuteur, encourait-elle l'indignité de leur succéder, en cas qu'ils vinssent à mourir avant elle?

J'ai rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *secondes Noces*, §. 2, un arrêt de la cour de cassation, du 22 ventôse an 8, par lequel avait été cassé, comme contraire aux art. 61 et 69 de la loi du 17 nivôse an 2, un jugement du tribunal civil du département du Lot, qui avait adopté l'affirmative en faveur de Jean Monceré, contre Marie Combes.

Mais j'ai ajouté : « il est à croire que la » question recevrait aujourd'hui une déci» sion toute différente, si elle se représen» tait ».

Et effectivement, l'affaire entre Jean Monceré et Marie Combes ayant été reportée en vertu de l'arrêt de cassation du 12 ventôse an 8, devant la cour d'appel d'Agen, il y est intervenu, le 30 ventôse an 12, un arrêt par lequel,

« Considérant, dans le droit, que suivant le dernier état de la législation romaine, fixé par la Novelle 118, qui règle l'ordre de succéder, la mère, à défaut du père, était seule appelée, exclusivement à tous les autres collatéraux, à recueillir l'hérédité de ses enfans, qui n'avaient laissé ni descendans, ni frères ni sœurs germains;

» Que, d'après la même législation, la tutelle, d'abord interdite aux femmes, ne leur fut permise qu'à l'égard de leurs enfans et petits-enfans; mais seulement à la charge d'affirmer par serment qu'elles ne se remarieraient point, auquel cas, non-seulement elles perdraient la tutelle et l'éducation de leurs enfans, mais encore les biens de leurs seconds maris qui étaient hypothéqués pour la sûreté de leur administration;

» Que ces précautions ayant paru insuffisantes pour la conservation des intérêts des pupilles, la loi 6, C. *ad senatus-consultum Tertyllianum*, avait privé de la succession de ses enfans du premier lit, décédés en pupillarité, la mère qui s'était remariée sans les avoir fait pourvoir d'un nouveau tuteur, sans avoir rendu compte de son administration tutélaire et payé le reliquat;

» Que long-temps après, frappé des malversations que les mères tutrices qui se remariaient, ne cessaient de commettre dans leur administration, Justinien crut devoir les assujétir en outre aux mêmes peines qui étaient prononcées contre les veuves qui se remariaient dans l'année du deuil (Novelle 22, chap. 40; aut *iisde[illegible]nis*, C. *de secundis*

Nuptiis); mais que bientôt après, touché du nombre des parjures qui résultaient du serment dont elles étaient tenues, il les dispensa de ce serment, et se contenta, ainsi que l'enseigne l'oracle de la jurisprudence romaine sur la novelle 22, et qu'il s'évince manifestement de la novelle 94, de leur déclaration au greffe qu'elles ne passeraient point à de secondes Noces; et que néanmoins il maintint dans toute leur vigueur les peines prononcées par les lois antérieures;

» D'où il résulte bien clairement, que la mère qui convolait *non petitis tutoribus*, était indigne de la succession de ses enfans du premier lit, et que cette indignité avait son fondement, moins dans le convol que sur l'intérêt des enfans pupilles;

» Que la jurisprudence du ci-devant parlement de Toulouse, qui régissait les parties, avait adopté cette dernière disposition du droit romain; et qu'on y déclarait constamment indigne de la succession des enfans du premier lit décédés en pupillarité, la mère qui se remarierait avant de leur avoir fait nommer un nouveau tuteur, ainsi que l'attestent d'Olive, Cambolas, Catelan et Serres;

» Que la loi du 17 nivose an 2 n'a abrogé ni *formellement* ni *virtuellement* cette disposition du droit romain: *formellement*, puisqu'aucun article de cette loi n'en prononce textuellement l'abrogation; *virtuellement*, car, de ce que l'art. 69 appelle, au défaut du père, la mère à recueillir la succession de ses enfans décédés, qui n'ont laissé ni frères ni sœurs, ni descendans de frères ou sœurs, il ne s'ensuit pas que la mère ne puisse devenir indigne de cette succession et en être privée comme telle; que cela résulte tout aussi peu de l'art. 61 de la même loi, dont la seconde clause abolitive se réfère uniquement aux règles de transmission contraires à celles qui sont établies dans les articles subséquens; qu'en effet, les art. 62 et suivans de la loi du 17 nivose n'ont d'autre objet que celui d'ordonner le mode général de successibilité, comme l'avait fait dans le droit romain la novelle 118; qu'ils n'ont rien statué sur les qualités requises pour succéder, sur les incapacités et sur les autres objets de la matière des successions; mais que, loin de conclure du silence de ces articles, que les incapacités sont abolies, il faut, au contraire, tenir qu'elles en sont restées à cet égard aux termes de l'ancien droit, jusqu'à ce qu'il y ait été pourvu ultérieurement; car rien n'autorisant à laisser subsister une incapacité plutôt que telle autre, on serait nécessairement amené à cette conclusion, qu'elles sont toutes anéanties, et, dès-lors, on ne pourrait pas plus repousser de l'hérédité le successible qui aurait négligé de venger la mort du défunt, celui qui l'aurait assassiné, que la mère qui se remarie sans avoir fait pourvoir de tuteur ses enfans du premier lit décédés en pupillarité, dont elle est successible, ce que la justice et la raison ne permettent pas de penser;

» Considérant qu'aux termes des art. 75, 76 et 77 de la loi du 17 nivose an 2, à défaut de parens en ligne directe, les collatéraux les plus proches sont appelés à recueillir la succession du défunt;

» Qu'ainsi, dès que, d'un côté, Marie Combes a convolé sans avoir fait pourvoir de tuteur Jeanne Monceré qui est décédée en pupillarité postérieurement au convol; et que, d'autre part, Jean Monceré se trouve le plus proche parent de ladite Jeanne Monceré, le tribunal civil du Lot a justement appliqué la loi romaine et la loi du 17 nivose an 2, et conséquemment bien jugé, en déclarant l'appelante déchue de l'hérédité de Jeanne Monceré, et en maintenant l'intimé dans cette hérédité;

» Que, dès que, par l'incapacité de l'appelante, l'intimé est seul successible légitime de Jeanne Monceré, il y a eu saisine et transmission légale de l'hérédité sur sa tête; et qu'en cette qualité, il doit, non-seulement être maintenu définitivement dans cette hérédité, mais qu'il doit en avoir la possession à compter du jour de l'ouverture, comme aussi qu'il doit lui être rendu compte de l'administration tutélaire de ladite Monceré;

» Qu'ainsi, le tribunal civil du département du Lot a également bien jugé, en.... condamnant l'appelante à restituer à l'intimé les fruits par elle perçus, et à lui rendre compte de l'administration tutélaire qu'elle a eue de Jeanne Monceré;

» Par ces motifs, le tribunal tient ladite Combes pour autorisée, au surplus la démet de l'appel par elle interjeté du jugement du ci-devant tribunal civil du Lot, le 27 ventôse an 5, ordonne que ce jugement sortira son plein et entier effet; donne défaut contre ledit Monrufet, et pour le profit, déclare le présent jugement commun avec lui.... ».

Marie Combes, assistée de son mari, se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'affaire est en conséquence portée devant les sections réunies.

« La demanderesse (ai je dit à l'audience du 24 fructidor an 13) n'annonce à l'appui de son recours qu'un seul moyen de cassation; mais, par la manière dont elle le développe,

on voit que réellement elle en propose deux : l'un, qu'elle fait résulter des lois romaines qui, suivant elle, sainement entendues, ne prononcent point contre la mère remariée *non petitis tutoribus*, l'indignité dont la cour d'appel d'Agen l'a supposée frappée par ces lois, l'autre, qu'elle fait consister à dire que cette indignité, en la supposant établie par les lois romaines, a été abolie par les art. 51 et 69 de la loi du 17 nivôse an 2.

» Nous avons donc à examiner, en première ligne, si la cour d'appel d'Agen n'a pas prêté aux lois romaines une disposition qui leur est etrangère, lorsqu'elle les a considérées comme déclarant indigne de succéder à ses enfans morts en pupillarité, la mère qui s'est remariée sans leur avoir fait nommer des tuteurs.

» Pour prouver qu'en effet la législation romaine, dans son dernier etat, n'etait pas aussi rigoureuse contre la mere, la demanderesse rapproche les uns des autres différens textes qu'il est de notre devoir de remettre sous vos yeux.

» Elle rappelle d'abord les dispositions de l'ancien droit, consignées dans le Digeste, qui excluaient absolument les femmes de toute espèce de tutelle.

» Ces dispositions, dit-elle, furent modifiées en 390 par une ordonnance des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, que l'on retrouve dans la loi 2, C. *quandò mulier tutelæ officio fungi potest*, et par laquelle les veuves furent admises à la tutelle légitime de leurs enfans, sous la condition de s'engager par serment à ne point se remarier: *præstito sacramento ad alias nuptias se non venire.*

» Quarante neuf ans après, en 439, Théodose, informé que ce serment souffrait de fréquentes infractions de la part des veuves tutrices de leurs enfans, ordonna, par la loi 6, C. *ad senatus-consultum Tertyllianum*, que toute mère qui, ayant accepte la tutelle légitime de ses enfans, se parjurerait par un second mariage, sans leur avoir fait nommer un autre tuteur, sans leur avoir rendu compte de son administration et leur en avoir payé le reliquat, ne pourrait leur succéder, soit *ab intestat*, soit même par droit de substitution, en cas qu'ils vinssent à mourir avant l'âge de puberté.

» En 536, Justinien, par le chap. 40 de sa 22e. novelle, enchérit encore sur cette rigueur : il voulut encore que la mère remariée au mépris de son serment, sans avoir rempli envers ses enfans impubères les trois conditions prescrites par la loi de Théodose, nomination de tuteur, reddition de compte et paiement du reliquat, fût assimilée à la veuve remariée dans l'année du deuil ; qu'en conséquence, elle fût notée d'infamie, et qu'on la privât de tous ses gains nuptiaux.

» Mais bientôt après, en 539, le même empereur revint sur ses pas, et par le chap. 2 de sa novelle 94, il dispensa les veuves qui accepteraient la tutelle légitime de leurs enfans de l'obligation qui leur avait été jusqu'alors imposée de renoncer par serment à un nouveau mariage.

» De là qu'est-il résulté, suivant la demanderesse? C'est que les veuves tutrices ont cessé, en se remariant, même *non petito tutore*, de se rendre coupables de parjure; c'est que dès lors, le motif qui avait porté Théodose à les priver de la succession de leurs enfans, n'a plus eu d'objet ; c'est par conséquent que la loi de Théodose a été abrogée de plein droit.

» Voilà tout le système de la demanderesse.

» Mais en raisonnant ainsi, la demanderesse suppose que la loi de Théodose a son principal fondement dans le parjure de la mère, et c'est une grande erreur.

» Long temps avant Théodose, avant même que les mères fussent admises à la tutelle de leurs enfans, l'empereur Sévère avait declaré incapable de succéder à ses enfans, toute femme qui aurait négligé de leur faire nommer des tuteurs. *Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cùm ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo : et ideò mater quæ vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel, prioribus excusatis rejectisve, non confestim aliorum nomina dederit, jus non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* Ce sont les termes de la loi 2, §. 2, D. *qui petant tutores*.

» Il suffisait donc, avant Théodose, que, même sans se remarier, une femme non tutrice de ses enfans, ne les fit pas pourvoir de tuteurs, pour qu'elle fût exclue de leur succession *ab intestat*.

» Et dès-là, il est sensible que, par la loi de Théodose, l'indignité de succéder est prononcée, non comme peine de la contravention de la femme au serment de ne point se remarier, mais uniquement comme peine de la negligence de la femme à faire pourvoir les enfans de tuteurs au moment où elle cesse d'être tutrice, c'est-à-dire, au moment de son mariage. Aussi remarquons-nous que Théodose, dans sa loi, ne parle qu'incidemment de la violation du serment, et que c'est principalement au fait du mariage qu'il s'attache;

omnem matri, sive ab intestato, sive jure substitutionis, si filius impubes moritur, denegandam volumus successionem, si ea, legitimâ liberorum tutelâ susceptâ, ad secundas, contrà præstitum sacramentum, adspiravit Nuptias, antequàm ei tutorem ordinerium fecerit ordinari, eique quod debetur ex ratione tutelæ gestæ persolverit.

» Comment, d'après cela, Justinien, aurait-il abrogé cette loi de Théodose par sa novelle 94? Il n'a fait, par cette novelle, qu'admettre la mère à la tutelle de ses enfans, sans serment préalable de ne point se remarier : il n'a pas déchargé la mère de l'obligation de faire nommer un tuteur à ses enfans du moment où elle perdait la tutelle ; il a par conséquent laissé subsister, contre la mère qui manquerait à ce devoir, la peine que lui infligeaient les lois précédentes.

» C'est effectivement ce qui a été jugé par un grand nombre d'arrêts, du parlement de Toulouse.

» D'Olive, liv. 3, chap. 5, en rapporte un du 30 mars 1628, qui décide *que la mère qui a négligé de faire pourvoir de tuteurs à ses enfans, est privée de leur succession légitime, s'ils viennent à décéder en pupillarité, encore qu'il n'y ait point d'autres enfans du premier mariage.*

» Védel, sur Catelan, liv. 4 et 23, en rapporte un autre du 30 avril 1716, qui juge, de toutes voix, *que Jeanne Loche était privable de la succession de ses enfans morts en pupillarité après le second mariage, par son convol* NON PETITIS TUTORIBUS.

» Le Journal du palais de Toulouse nous en retrace un troisième du 12 mars 1740, qui va bien plus loin. Marie Verot, veuve de Marcelin Chesne, avait contracté un second mariage avec Gouvignet ; et elle avait eu auparavant la précaution de faire nommer un tuteur à l'enfant qu'elle avait de son premier mari. Mais la nomination se trouvait nulle, par l'effet de quelques irrégularités qui s'étoient glisées dans la procedure : d'ailleurs Marie Verot n'avait point payé, avant son second mariage, le reliquat de son compte de tutelle ; et sur ce double fondement, l'arrêt la déclara indigne de succéder à son fils.

Le même recueil nous offre un quatrième arrêt du 12 avril de la même année, qui est encore plus rigoureux. Il juge, dit l'arrêtiste, *entre Marie Auriol, femme remariée sans avoir rendu compte de la tutelle, et Antoine Bosc, son fils pupille du premier lit, que ladite Auriol avait perdu la succession d'une de ses filles morte en pupillarité, avant son convol, faute d'avoir rendu compte de la gestion tutélaire, quoiqu'elle eût fait pourvoir de tuteur à Antoine Bosc, son fils, de la personne de Jean Rey, qui est celui qui a soutenu le présent procès pour la faire déclarer déchue et l'obliger à rendre compte.*

« A cette jurisprudence constante et invariable du parlement de Toulouse, la demanderesse oppose celle du parlement de Bordeaux. Mais La Peyrère qu'elle cite (lettre N, n°. 6, édition de 1725), convient lui-même, qu'on cela, le parlement de Bordeaux s'est écarté des lois romaines ; et il ajoute que *ces lois s'observent au parlement de Toulouse, comme l'enseigne Cambolas, dans son petit* Traité des secondes Noces, *et dans ses* Questions, *liv.* 3, *chap.* 6. Or, de ces deux manières de juger, quelle est celle qu'a dû préférer la cour d'appel d'Agen ? C'est sans contredit celle du parlement dans l'ancien ressort duquel se trouvent les parties et les biens qu'elles se disputent : c'est par conséquent celle du parlement de Toulouse.

» La cour d'appel d'Agen n'a donc point supposé dans le dernier état de la législation romaine, une disposition qui ne s'y trouve pas : la disposition qu'elle a jugé y exister, y existe réellement ; et dès lors, s'évanouit, à l'égard de l'arrêt attaqué, toute ombre de reproche de la fausse application du droit romain.

» Mais cet arrêt n'a-t-il pas violé les art. 61 et 69 de la loi du 17 nivose an 2 ? Ou, en d'autres termes, les art. 61 et 69 de la loi du 17 nivôse an 2 n'ont-ils pas abrogé la loi 6, C. *ad senatus-consultum Tertyllianum* ?

» Déjà la cour s'est prononcée pour la négative, en rejetant, par son arrêt du 3 brumaire an 9, au rapport de M. Babille, la demande de Marie-Anne Lafond en cassation d'un jugement de dernier ressort, qui, pour s'être remariée dans l'an du deuil, l'avait déclarée indigne de l'institution d'héritière universelle faite en sa faveur par son premier mari : car, point de différence, dans le droit romain entre la veuve qui se remarie *non petitis tutoribus*, et la veuve qui se remarie dans l'année du deuil ; vous avez même remarqué que la Novelle 22 les assimile absolument l'une à l'autre.

» C'est déjà un puissant préjugé contre la prétendue abrogation de la loi 6, C. *ad senatus-consultum Tertyllianum*, par les art. 61 et 69 de la loi du 17 nivôse an 2 ; il ne faut, au surplus, pas de grands efforts pour sentir que cette abrogation prétendue n'est qu'un être de raison.

» Et d'abord l'art. 69 se borne à dire que, *si le défunt n'a laissé ni descendans, ni frères ou sœurs, ni descendans de frères ou de*

sœurs, ses père et mère ou le survivant d'entre eux lui succèdent. Il ne fait donc que tracer un ordre de succéder sans s'occuper de la capacité ou de l'incapacité des successibles; et de même qu'en vertu de cet article, une mère morte civilement ne pourrait pas prétendre à la succession de son enfant prédécédé, de même aussi on ne peut pas, en vertu de cet article, admettre à la succession de son enfant mort en pupillarité, la mere qui s'est remariée sans lui avoir fait nommer un tuteur.

» Cet article d'ailleurs ne fait, à quelques modifications près, que renouveler une des dispositions de la Novelle 118. Et puisqu'il est jugé par une foule d'arrêts du parlement de Toulouse, que la Novelle 118, en appelant la mère à la succession de ses enfans morts sans descendans, ni frères ou sœurs, n'a pas dérogé à la loi portée par Théodose contre les mères remariées *non petitis tutoribus*, comment voudrait on que cette dernière eût été abrogée par l'art. 69 de la loi du 17 nivôse an 2?

» Mais au moins, dit-on, l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2 ne permet pas de révoquer en doute l'abrogation de la loi de Théodose. *Toutes lois*, porte-t-il, *coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession ou donation, sont déclarés abolis, sauf à procéder au partage des successions... à venir, selon les règles qui vont ci après être établies.* Ces mots *toutes lois* ne souffrent point d'exception; ils excluent toute espèce de réserve, ils embrassent par conséquent la loi de Théodose comme toutes les autres.

» A cet argument qui peut égarer et séduire au premier coup-d'œil, il suffirait d'opposer ces simples questions: l'art. 61 de la loi du 17 nivôse abolit-il les lois relatives à la forme des donations et des testamens? Abolit-il les lois relatives à la capacité de donner et de recevoir? Habilite-t-il à donner les femmes non autorisées de leurs maris, les mineurs, les interdits? Habilite-t-il à recevoir les tuteurs à l'égard de leurs pupilles, les médecins à l'égard de leurs malades, les morts civilement à l'égard de tous? Non, certainement. Cet article ne peut donc s'entendre, relativement aux donations, que de la disponibilité des biens. Mais dès-là, pourquoi ne dirions-nous pas aussi qu'il ne peut s'entendre, relativement aux successions, que de l'ordre de succéder? Et encore une fois, tant qu'on ne prouvera pas que, dans l'abolition qu'il prononce, se trouve comprise celle de l'incapacité de succéder prononcée par les lois précédentes contre les morts civilement, il demeurera impossible d'en conclure que l'indignité de la femme remariée *non petitis tutoribus*, soit abrogée.

» Comme l'a très-bien dit le défenseur, la Novelle 118 a aussi son art. 61. Elle trace, comme la loi du 17 nivôse, un ordre de succéder tout différent de celui qui avait eu lieu jusqu'alors; et elle abolit, comme elle, toutes les lois antérieures sur l'ordre des successions *ab intestat : Itaque prioribus legibus pro hâc causâ petitis, vacantibus; de cætero ea sola servari quam nunc constituimus.* Eh bien! S'est-on jamais avisé de soutenir que, par cette disposition, la Novelle 118 avait déchargé la mere remariée sans avoir fait nommer un tuteur à ses enfans, de l'indignité de succéder à ceux-ci? Que l'on parcoure les immenses recueils publiés depuis six cents ans par tous les jurisconsultes français, italiens, espagnols, allemands et belges. On y trouvera des systèmes, des erreurs, des paradoxes, des absurdités de toutes les espèces. Mais qu'on y trouve rien qui tende à donner un pareil effet à cette disposition de la Novelle 118, c'est de quoi nous croyons pouvoir porter le défi.

» Mais, dit la demanderesse, personne ne doute que le Code civil n'ait abrogé la loi de Théodose. Pourquoi donc la loi du 17 nivôse an 2 ne l'aurait-elle pas également abrogée?

» Pourquoi? Par une raison très-simple. Le Code civil ne s'est pas contenté de tracer l'ordre de succéder: il a encore déterminé quels sont, parmi les parens compris dans cet ordre, ceux qui sont capables, ceux qui sont incapables, et ceux qui sont indignes: il a donc fait beaucoup plus que la loi du 17 nivôse an 2; il a établi, sur la matière des successions *ab intestat*, une législation générale et complète; et conséquemment il a de plein droit, effacé de nos anciennes lois sur cette matière, tout ce qu'il n'en a pas conservé. On sait d'ailleurs que, par la loi du 30 ventôse an 12, il est dit expressément *qu'à compter du jour où* les differentes lois qui composent le Code civil, *sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code.*

» Est-ce au surplus bien sérieusement que la demanderesse vient vous dire que l'on ne peut pas considérer comme indignité de succéder, l'exclusion prononcée par les lois romaines, contre la femme remariée *non petitis tutoribus?* Quelle raison donne-t-elle d'une assertion aussi étrange? C'est que cette exclusion n'est établie par aucune des lois qui se trou-

vent sous les titres du Digeste et du Code *de his quæ ut indignis auferuntur;* comme si tout le monde ne savait pas qu'il n'y a rien de plus vicieux que l'ordre dans lequel sont distribuées les lois romaines! Comme si les lois romaines placées sous un titre, n'avaient pas la même force que si elles étaient placées sous un autre! Comme si la loi de Théodose ne disait pas textuellement que la succession des enfans morts en pupillarité, doit être refusée à la mère qui s'est remariée sans leur avoir fait nommer un tuteur, *denegandam volumus successionem!*

» C'est trop long-temps nous arrêter à des objections qui tombent d'elles-mêmes; nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête en cassation et de condamner la demanderesse à l'amende ».

Arrêt du 24 fructidor an 13, au rapport de M. Cochard, par lequel,

« Attendu 1°. que les art. 61 et 69 de la loi du 17 nivôse an 2, qui règlent les différens ordres de transmission des biens à titre héréditaire, n'ont aboli, ni d'une manière expresse, ni tacitement, les lois particulieres relatives aux exclusions de certaines personnes pour cause d'indignité prévue par les lois romaines, parceque les règles générales ayant pour objet les transmissions héréditaires, ne peuvent ni abroger ni détruire d'autres lois portant des exceptions particulières au préjudice de certaines personnes que la loi punit en certains cas par la privation de leurs droits;

» Que, conformément à ce principe, tout, ainsi que la Novelle 118, en appelant les ascendans à la succession de leurs descendans morts sans postérité, cet ordre de successibilité n'empêchait pas que les mères ne fussent privées de la succession de leurs enfans morts en pupillarité, lorsqu'étant leurs tutrices, elles se remariaient sans avoir rendu compte préalable de leur administration et sans les avoir fait pourvoir d'un nouveau tuteur, de même aussi lesdits art. 61 et 69, en ne statuant, ainsi que ladite Novelle 118, que sur les droits de transmission héréditaire, n'avaient pas eu la force d'abroger et d'abolir la loi 6, C. *ad senatus-consultum Tertyllianum*, le chap. 40 de la Novelle 22 et l'authentique *iisdem pœnis*, C. *de secundis Nuptiis*, qui prononcent l'exclusion desdites mères de la succession de leursdits enfans décédés en âge de pupillarité, dans les cas prévus par lesdites lois;

» Attendu 2°. que ces mêmes lois étaient encore en pleine vigueur dans les pays de l'ancien ressort du ci-devant parlement de Toulouse, dans l'étendue duquel la demanderesse a toujours été domiciliée, soit à l'époque de son mariage, sans avoir fait préalablement pourvoir sa fille du premier lit dont elle avait été nommée tutrice, d'un nouveau tuteur, soit à la date du décès de celui-ci en âge de pupillarité;

» D'où il suit que n'ayant pas été abrogées par lesdits art. 61 et 69, ni par aucun autre article de ladite loi du 17 nivôse, la cour d'appel d'Agen a fait une juste application desdites lois à l'espèce, et qu'elle n'a également point contrevenu aux lois nouvelles, qui, à l'exemple de ladite Novelle 118, n'avaient statué que sur les transmissions héréditaires, sans s'expliquer, ni rien prononcer sur les exclusions fondées sur des causes particulières d'indignité prévues par les anciennes lois;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi... ».]]

IV. Il nous reste à faire connaître comment les différentes peines prononcées par la loi *si qua mulier*, sont observées dans les pays de droit écrit.

D'abord, la peine de l'infamie n'a plus lieu dans aucun : le parlement de Grenoble l'a exceptée expressément de son réglement; et l'on suit, dans toute la France, le canon *cùm secundum*, qui porte : *Non debet legalis infamiæ sustinere jacturam quæ, licet post viri obitum inter annum luctûs, scilicet unius anni spatium, nubat, concessâ sibi tamen ab apostolo utitur potestate.*

V. La seconde peine est la défense de donner au second mari plus de la troisième partie de ses biens, encore que la femme n'ait point d'enfans du premier mariage.

Deux arrêts du parlement de Toulouse, des 13 mai 1589 et 9 juillet 1634, font voir que cette seconde peine a lieu dans son ressort.

[[Elle n'a plus lieu dans aucune partie de la France. *V.* la loi du 30 ventôse an 12, art. 7.]]

VI. La troisième peine est la privation des avantages provenant du premier mariage; ce qui comprend, non seulement les legs, institutions et fidéicommis faits par le premier mari en faveur de sa veuve, dans un testament, codicille, ou donation à cause de mort, mais encore les dons et avantages stipulés dans les conventions matrimoniales. On voit par les arrêts qui sont cités dans le *Traité des secondes Noces*, par Dupin, que telle est la jurisprudence des parlemens de Toulouse, Aix, Grenoble et Dijon.

Un arrêt du parlement de Toulouse, du mois de février 1579, a jugé que l'on devait aussi comprendre dans cette peine la perte de la quarte, que l'authentique *prætereà* donne à la femme pauvre ou à celle qui n'a pas été dotée : à plus forte raison, disent les jurisconsultes, on doit y comprendre le droit de succeder, établi en faveur de la femme au défaut de parens habiles, en vertu du titre *undè vir et uxor*.

Dans ce parlement, la perte des gains coutumiers, comme l'augment, même quant à l'usufruit, tombe aussi dans cette peine.

Cela a été étendu par les arrêts des parlemens de Grenoble et de Bordeaux, à la veuve qui a forfait dans l'an du deuil. Surdus, Menochius, Barri, disent que, dans ce cas, la veuve doit encore être privée de ce qui lui a été légué par son mari même à titre d'alimens.

Maynard dit avoir jugé par une sentence arbitrale, que, quand le premier mari avait laissé à sa veuve le droit de choisir son heritier, elle perdait aussi ce droit d'election par le convol dans l'an du deuil.

Mais si ce droit était déféré à la femme par l'institution contractuelle qu'elle aurait faite dans son contrat de mariage, pour ses biens personnels, elle ne le perdrait pas.

L'amende et les dommages-intérêts civils résultans du meurtre du premier mari, ne sont pas compris dans la peine; c'est au moins la jurisprudence constante du parlement de Toulouse. La réparation civile ne peut être regardée, dit Catelan, que comme une simple indemnite, qui forme une espece particulière de biens accordée personnellement à la femme : on ne peut mettre cette indemnité au nombre des avantages que le mari lui a faits, soit par contrat de mariage ou par d'autres dispositions. On ne peut étendre à cette indemnité les lois qui privent la veuve des avantages qu'elle a reçus directement de la liberalité de son mari, ou qui faisaient partie de son patrimoine.

Il ne faut donc pas s'arrêter à un arrêt rendu au mois d'août 1686, par le parlement de Bordeaux, suivant lequel une veuve qui s'était remariée dans l'année, a été privée de sa part de la réparation civile. Le convol n'a point été le motif de l'arrêt, puisque cette cour ne reçoit point la loi *si qua mulier;* elle s'est déterminée sur ce que la veuve n'avait fait aucune poursuite pour venger la mort de son mari. La Peyrère fait mention de cette circonstance.

La femme qui se remarie dans l'an du deuil, perd justement ses habits de deuil. C'est, suivant Basnage, la jurisprudence du parlement de Normandie; c'est aussi celle du châtelet de Paris, suivant l'auteur des nouvelles notes sur Duplessis.

[[La disposition de la loi *si qua mulier*, qui a servi de fondement à ces diverses décisions, est abrogée. *V.* l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12]].

VII. La quatrième peine de l'an du deuil est l'incapacité que la loi imprime sur la veuve, de recevoir aucune donation à cause de mort; ce qui comprend toute espèce institution, d'hérédité, de legs et de fideicommis, mais ne peut s'étendre, selon la glose, aux donations entre-vifs. C'est ce qui a encore été jugé, le 14 juillet 1630, par un arrêt de la seconde chambre des enquêtes, rendu sur partage de la première chambre.

Il semble que cette prohibition ne doive s'entendre que des dons à cause de mort faits par des étrangers, selon les expressions de la novelle 22, chap. 22 : *neque percipiet penitùs ab ullo extraneorum, non hereditatem, non fideicommissum, non legatum, non mortis causâ donationem.* Aussi Cambolas rapporte-t-il un arrêt du parlement de Toulouse, du 17 decembre 1599, qui a jugé que la veuve peut prendre l'heritage de son fils par testament, fideicommis ou legs, en propriété et usufruit, soit que les biens proviennent de la substance du père, ou d'ailleurs.

La loi déclare en même temps les veuves qui se remarient dans l'an du deuil, incapables de recevoir les successions *ab intestat*, au-delà du troisième degré : *hereditates ab intestato, vel legitimas vel honorarias, non ultrà tertium gradum sinimus vendicare.*

Certainement l'esprit de cette loi est qu'on ne dépouille point les veuves de la succession de leurs enfans du premier lit; cependant il est constant que la jurisprudence du parlement de Toulouse les prive de ces successions, quoiqu'elles leur soient acquises avant le second mariage : cette jurisprudence est fondée sans doute sur les expressions mal entendues de la loi *si qua ex fœminis*, qui porte : *atque omnia quæ de prioris mariti bonis, vel jure sponsalium, vel judicio defuncti conjugis consecuta fuerit, amittat.*

Quoique les biens données par l'aïeul au fils impubere, n'aient jamais fait partie de la substance du mari défunt, cependant le parlement de Toulouse ne permet pas que la veuve recueille cette sorte de biens dans la succession de son fils.

Cette cour étend la rigueur de la privation aux veuves mêmes qui ont forfait après l'an

du deuil, malgré le mariage subséquent. Cette jurisprudence, qui a été rejetée par le parlement de Bordeaux, est absolument contraire aux principes, qui ne permettent pas aux magistrats de se montrer plus sevères que la loi.

C'est pour punir la veuve, pour punir la précipitation des secondes Noces, et en prévenir les inconvéniens, que ces différentes peines sont proposées : ce n'est pas uniquement en faveur des enfans du premier lit, puisque les peines ont lieu, soit qu'il y ait des enfans ou non ; puisque d'ailleurs ils n'en recueillent pas toujours le fruit.

D'abord, à l'égard du retranchement des dons faits au second mari par la veuve, il appartient de droit, aux plus prochains successeurs *ab intestat* de cette veuve ; mais si elle a institué un héritier, il profite de l'excès de la donation ou du legs.

Quant aux legs, fidéicommis, ou donations à cause de mort, faits à la veuve, ils passent aux héritiers ou successeurs du donateur ou testateur à l'exclusion du fisc ; c'est la disposition de la loi : *hæc namque omnia ab heredibus vel coheredibus, aut ab intestato succedentibus, vindicari jubemus, ne in his in quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem.*

Pour ce qui est des biens provenant du premier mari, soit par son testament, soit en vertu des stipulations matrimoniales, voici encore les expressions de la loi *si qua mulier : Primò*, porte-t-elle, *à decem personis edicto prætoris enumeratis (id est, ascendentibus ac descendentibus), ex latere autem, usque ad secundum gradum, scilicet gradibus servatis, deinde præsumi à fisco jubemus.*

Mais cette dernière disposition de la loi, ainsi que les autres du droit, qui appellent le fisc au défaut des dix personnes contenues dans l'édit du préteur, n'est pas reçue en France. Nous n'admettons pas, dit Bacquet, la distinction de l'indigne d'avec l'incapable, pour attribuer au fisc ce qui est ôté à l'indigne ; au contraire, l'indignité profite aux autres héritiers plus éloignés.

Ce sont là les principes du parlement d'Aix. Le dernier des arrêts, rapportés par Duvair, a décidé qu'un cousin etait partie valable pour faire priver la veuve des avantages qu'elle avait reçus de son premier mari ; et tous les autres parens y furent admis, quoique dans un degré plus reculé. Ce sont aussi, selon La Rocheflavin, Expilly et La Peyrère, les principes des parlemens de Toulouse, de Grenoble et de Bordeaux.

Il y a plus de difficulté dans le cas où la femme, après avoir eu des enfans de deux mariages, malverserait pendant son second veuvage, pour savoir si l'augment qu'elle a reçu du second mari, doit appartenir entièrement aux enfans du second lit, à l'exclusion de ceux du premier, *quasi profectum à patre.* Un arrêt du parlement de Toulouse, du 26 janvier 1645, a jugé cette question pour l'affirmative.

Ce que nous venons de dire de l'exclusion du fisc, ne peut s'entendre que de la succession *undè vir et uxor*, lorsque toutes les branches des héritiers naturels et légitimes defaillissent ; mais le fisc y vient comme représentant la succession, que le concours de l'indignité de la femme et du défaut d'héritiers a rendue vacante.

Enfin, les successions *ab intestat*, dont la veuve est privée au delà du troisième degré, en cas de secondes Noces, et de malversation dans l'an du deuil, sont dévolues, par le chap. 22 de la Novelle 22, aux autres parens plus proches : *longiùs autem existentes, alios habebunt heredes.* Accurse dit qu'après ces mots *existentes*, il faut sous-entendre *scilicet cognati* ; et lorsqu'un parent s'est aussi rendu indigne de participer aux peines de l'an du deuil, il y a lieu à l'accroissement de sa portion en faveur des autres parens.

[[Tout cela est abrogé. *V.* les articles *Deuil*, §. 2 ; et *Institution d'héritier*, sect. 5, §. 1, n°. 15]].

§. III. *Réserve en faveur des enfans du premier mariage, de la propriété de tous les avantages que les parens qui passent à des secondes Noces après l'an du deuil, ont reçus de leurs premiers époux.*

Il se présente ici quatre questions principales :

1°. Quelles sont les personnes contre lesquelles ces réserves sont prononcées ?

2°. Quels sont les avantages qui sont sujets à ces réserves ?

3°. Quel en est l'effet ?

[[4°. Ces réserves, qui sont abrogées par le Code civil, ainsi qu'on le verra ci-après, §. 7, art. 2, n°. 1, l'étaient-elles également par la loi du 17 nivôse an 2 ?]]

Art. I. *Des personnes contre lesquelles la réserve est prononcée.*

I. L'édit de François II est formel contre les hommes et contre les femmes : « Le semblable voulons être gardé ès biens qui sont » venus aux maris par dons et libéralités de » leurs défuntes femmes, tellement qu'ils n'en

» pourront faire dot à leurs secondes femmes, » mais seront tenus de les réserver aux en- » fans qu'ils ont eus des premières ». C'est ainsi que la loi *generaliter* a étendu aux hommes veufs les dispositions de la loi *fœminæ*, qui d'abord n'avaient lieu que contre les femmes.

La privation des avantages résultans des premières Noces, a également été étendue aux aïeuls et aux aïeules, au profit des enfans de leurs enfans, et cela par une disposition de l'authentique *si tamen*, et du chap. 3 de la Novelle 127 : *hæc verò valere non matribus solis jubemus, sed etiam in patribus et aliis ascendentibus volumus, ad secundas Nuptias venientibus.*

Cependant, quoiqu'il y ait contre les ascendans les mêmes raisons de décider que contre les pères, la question a souffert, à leur égard, quelques difficultés : il y a eu partage, en 1657, à la grand'chambre du parlement de Bordeaux, pour savoir si l'aïeul qui avait convolé, pouvait succéder en propriété avec ses petits-enfans aux biens de l'aïeule. Par un arrêt du 4 septembre de la même année, rapporté par La Peyrère, le partage a été vidé en faveur des petits-enfans. Le même parlement avait déjà ainsi décidé cette question par un arrêt notable du 20 juillet 1515, rapporté à la suite du commentaire d'Automne. Le principe est d'ailleurs établi par Benédicti, par le président Boyer et par Béchet.

II. Il est évident, dit Pothier, que la réserve est fondée sur le motif que, si les premiers époux eussent prévu les secondes Noces, ils auraient apposé cette charge, pour empêcher que leur patrimoine ne passât dans des familles étrangères, au préjudice de leurs enfans communs. De là, il paraîtrait résulter que le premier époux peut remettre une peine qui n'est introduite que pour suppléer sa volonté tacite. Cependant un arrêt du parlement de Paris, du 19 août 1716, « a dé- » claré nulle la remise de la peine portée par » l'édit des secondes Noces, contre les femmes » qui se remarient ». Cette remise avait été faite par le testament du sieur Chétel, en faveur de sa femme.

L'arrêt est par forme de réglement, et pour un pays de droit écrit ; il est intervenu sur l'appel d'une sentence de la sénéchaussée de Lyon, à laquelle il a été envoyé pour y être publié.

Les dispositions des lois romaines paraissent contraires à ce réglement, et principalement les expressions de la novelle 22, chap. 2 : *ut si dicat vir, nolo quod uxor mea amittat proprietatem eorum quæ lucratur à me, licet convolet ad secundas Nuptias, item et contrà dicat uxor de marito ; aliàs perderet quilibet ; nisi hæc dicant.*

Aussi, tous les jurisconsultes des pays de droit écrit conviennent-ils que la remise serait valable ; ils décident seulement, avec le président Favre, que la remise tacite ne suffirait pas : *cùm sit facilius ut hic tacitus consensus extorqueatur, quàm expressus, quia tacita voluntas conjecturis contenta est, non etiam expressa.* Il faut, dit Accurse dans sa glose, qu'il y ait une dérogation expresse : *ut vir dicat, volo quod uxor non amittat proprietatem eorum quæ lucrata est à me.*

C'est la jurisprudence que le parlement de Toulouse a consacrée par des arrêts du 28 janvier 1635, 21 juillet 1637 et mai 1619, rapportés par d'Olive et Cambolas. Suivant ces arrêts, les legs faits par les défunts maris à leurs femmes, au cas où elles viendraient à se remarier, ont été déclarés reversibles aux enfans du premier lit, après le décès des mêmes femmes, sur le fondement qu'il n'y était pas fait une mention expresse de la propriété.

La jurisprudence du parlement de Grenoble paraît douteuse sur la nécessité de cette remention expresse; mais le parlement de Bordeaux a jugé plusieurs fois que l'autorité, ou plutôt la subtilité de la glose, ne suffisait point pour nécessiter la mention expresse. Des arrêts de cette cour, des 21 mars 1618 et 26 août 1663, rapportés par Automne et par La Peyrere, ont décidé que l'on ne pouvait faire tomber dans la réserve, des legs faits par les premiers maris à leurs femmes, dans le cas où elles convoleraient à de secondes Noces.

Le parlement de Provence, suivant Boniface et Duperrier, s'est également contenté du consentement tacite, par ses arrêts des 25 décembre 1583 et 14 janvier 1647.

Si ces arrêts sont fondés sur les expressions des lois romaines, la jurisprudence du parlement de Paris a, au contraire, pour principe, que les particuliers ne peuvent intervertir l'ordre établi par les lois publiques, telles qu'est l'édit des secondes Noces, dont les dispositions absolues ont bien plus d'autorité parmi nous, même en pays de droit écrit, que n'en peuvent avoir les exceptions admises par les lois romaines.

Mais, tandis qu'il n'est pas admis généralement que les premiers maris puissent remettre les peines des secondes Noces, il n'y a aucun doute qu'ils ne puissent les aggraver dans l'acte même des avantages qu'ils accordent à leurs épouses; ainsi, en vertu de l'authentique

hoc locum, le mari peut ordonner qu'eu cas de secondes Noces, son épouse sera privée de l'usufruit même de ses dons : *Hoc locum habet, si datus vel relictus fuerit eâ lege ut secundis Nuptiis interiret; alioqui perseverat, sive relictus esset, sive donatus, quibus casibus licuit.* Mais suivant cette authentique, si l'avantage avait été fait purement et simplement dans le contrat de mariage, le mari ne pourrait plus y déroger.

[[*V.* l'article *Viduité*.]]

III. Les jurisconsultes des pays de droit écrit agitent encore la question de savoir si les enfans peuvent remettre à leur père ou à leur mère la réserve introduite en leur faveur par l'édit des secondes Noces.

Ceux qui soutiennent l'affirmative, se prévalent de la maxime, *licet unicuique renunciare juri suo.*

Quelques-uns prétendent que le consentement tacite des enfans serait suffisamment présumé par leur présence au contrat de mariage de leur mère; et ils s'appuient sur un arrêt du parlement d'Aix, du 14 avril 1647, qui est rapporté par Boniface. Mais nous croyons cette opinion trop dangereuse; il est si facile à des parens d'abuser de leur ascendant et de l'autorité que la loi leur conserve, pour extorquer de pareils consentemens!

Point de doute que, si les enfans avaient consenti en minorité, ils seraient restituables : un arrêt du parlement de Grenoble, du 11 août 1673, a entériné des lettres de restitution que le fils du premier lit avait obtenues contre le consentement qu'il avait donné au contrat de mariage de sa mère.

Art. II. *Quels avantages sont sujets à la réserve.*

I. Quoique l'édit de 1560, en prononçant la réserve, se soit servi de ces expressions, *les biens obvenus à icelles veuves, par dons et libéralités de leurs défunts maris*, nous y comprenons, non-seulement les biens qu'une femme a acquis de son mari défunt, à titre de donation formelle et de libéralité proprement dite, mais encore tout ce qui lui est provenu des conventions matrimoniales de son précédent mariage, et, en général, tous les biens dont le mari du premier lit a disposé directement ou indirectement à son profit, à titre gratuit.

II. Le douaire préfix, lorsqu'il est assigné en propriété et sans retour, soit en fonds de terre, soit en deniers, doit être réservé en entier aux enfans du premier mariage : le douaire que donne la loi, n'est qu'un usufruit; la propriété n'est donc qu'un avantage, qu'un effet de la libéralité du mari. Cependant, Bacquet est d'une opinion contraire, sur le fondement d'un arrêt du 23 mars 1587 : mais, dit Ricard, d'après les arrêts qui sont intervenus depuis en interprétation de l'édit, et qui en ont fixé la jurisprudence, si la même question se présentait, elle serait jugée autrement.

Si le douaire préfix n'était qu'en usufruit et que cependant il excédât le coutumier, il serait réductible pour la portion d'usufruit excédant ce qui est fixé par la loi. C'est la décision de Renusson.

Tous ces principes doivent être étendus au droit de viduité des maris en Normandie.

III. Il en est de même des gains de Noces en pays de droit écrit : statutaires par exemple, suivant certains statuts, le mari gagne la dot de sa femme prédécédée; et si la femme survit, elle prend sur les biens de son mari l'augment, qui est toujours dans une proportion plus ou moins forte avec la dot : la propriété de cette dot et de cet augment tombe sans difficulté dans la réserve.

On opposerait en vain que les gains de survie sont des avantages réciproques, et en quelque sorte onéreux; c'est la nature de presque toutes les clauses des contrats de mariage, qui cependant sont soumises aux peines de l'édit; aussi, Béchet et la plupart des auteurs décident-ils que les gains donnés par les statuts, sont perdus, quant à la propriété, par les secondes Noces.

Ce que nous disons de l'augment, s'entend également de la donation à cause de Noces et de l'agencement, qui, sous différentes dénominations, sont à-peu-près la même chose en pays de droit écrit.

Si la dot ou la donation à cause de Noces ont été constituées par des parens de l'époux prédécédé, ou même par des étrangers, mais en contemplation du défunt, elles sont sujettes à la réserve de l'édit; plusieurs lois, et entre autres la novelle 22, chap. 23, y sont précises : *et non discernimus de dote et antè Nuptias donatione, utrùm ipsi hanc dederint pro se contrahentes, an aliqui alii pro eis hoc egerint, sivè ex genere, sivè etiam extrinsecùs.* Cependant, ce principe souffrirait de grandes difficultés dans les provinces où le droit romain n'a pas force de loi, comme l'observe Pothier d'après Ricard. L'édit s'exprime en ces termes : *Au regard des biens à icelles veuves acquis des dons et libéralités de leurs défunts maris.* Ces termes semblent ne pouvoir s'appliquer à ce qui a été donné par

d'autres ; ils sont bien différens de ceux de la loi *fœminæ*, dont la novelle n'est qu'une interprétation.

Mais il ne faut pas comprendre dans la décision du chap. 23 de la novelle 22, les avantages que l'époux survivant aurait faits à son époux defunt en cas de survie de celui-ci, et qui deviennent caducs par le défaut de la condition ; l'époux qui recouvre ces avantages, ne les tient pas de la libéralité de son premier époux, il n'en perd pas la propriété par les secondes Noces. Cette distinction est bien expliquée par l'authentique *eo decursum* : *Donationem propter Nuptias*, dit cette loi, *quam contulit in uxorem, non cogitur reservare liberis prioris matrimonii*. A plus forte raison, selon la loi *si liberis*, l'époux qui se remarie ne perd pas, par les secondes Noces, la propriété de la donation ou de la dot qui ont été constituées en sa faveur et en sa seule considération par des tiers.

Il ne faut pas non plus étendre la novelle aux autres avantages qui auraient été faits à l'époux quoiqu'en contemplation du defunt, comme dit Favre : *constitutiones, licet optimâ et æquissimâ ratione nitantur, hoc ipso tamen odiosæ sunt, quo pœnales, ideòque nec in aliis lucris locum habent.*

Henrys examine la question si, lorsque la dot a été constituée, le beau-père a laissé le choix au gendre de la rendre en nature ou de payer une certaine somme, les secondes Noces ne le privent pas de l'avantage de cette option ?

Dupin la décide pour l'affirmative ; le choix, dit-il, peut donner lieu à une libéralité considérable : par exemple, si le fonds dotal avait été estimé bien au-dessous de sa valeur ; ou si, par une de ces révolutions assez fréquentes, il était doublé de prix dans l'intervalle du mariage et du décès de la femme.

Cependant, nous croyons qu'on ne peut donner une solution générale Il peut arriver aussi que l'héritage ayant été estimé à sa valeur, l'augmentation ne provienne que des réparations considérables faites par le mari ; réparations qui sont souvent inappréciables. Il faut donc se déterminer par les circonstances, et ne priver le mari survivant de l'option, que dans le cas où l'estimation aurait été, dans son principe, un véritable avantage.

IV. Le préciput accordé à la femme par le contrat de mariage, est aussi sujet à la réserve de l'édit, mais pour la moitié seulement, si elle a accepté la communauté, et pour le tout si le préciput lui a été donné en renonçant.

On a douté si la convention que la femme prendrait une certaine somme pour sa moitié d'acquêts, devait tomber dans la réserve. On a regardé cette convention comme une espèce d'échange ; mais nous croyons que la réserve ne doit avoir lieu que pour ce qui doit exceder la portion que la femme aurait eue dans la communauté, en vertu de la coutume ; c'est cet excédent qui peut seul être considéré comme un avantage fait par le mari, soit qu'il ait été dit dans le contrat de mariage, que la femme se contenterait de la somme fixée, soit qu'on lui ait laissé l'option de la moitié de la communauté.

De même le préciput du mari est pour moitié un avantage sur les biens de la femme prédécédée, si les enfans ont accepté la communauté ; s'ils y ont renoncé, il n'y a plus de préciput, dit Pothier. Cependant, il serait possible que la renonciation eût été déterminée sur ce que le préciput aurait absorbé l'émolument de la communauté ; en ce cas, il tomberait dans la réserve, au prorata de la moitié de ce que le mari aurait profité.

Il en est autrement, disent encore Pothier et Ricard, du preciput legal que quelques coutumes accordent aux nobles ; le survivant ne tient rien à cet égard du prédécédé ; c'est un avantage qu'il ne reçoit que de la loi.

V. L'avantage que le survivant a retiré de ce que le defunt a apporté de plus que lui dans la communauté, est encore sujet à la réserve des secondes Noces, pour la moitié à l'égard de la femme, ainsi qu'à l'égard du mari, lorsque les enfans ont accepté la communauté, et pour le tout, s'ils y ont renoncé, et s'il n'y a pas eu de reprise de cet apport à leur profit.

Cependant nous aurions peine à nous ranger à cette dernière decision, s'il ne s'était trouvé aucun actif lors de la dissolution de la communauté, et si l'excédent des apports avait été consommé du vivant de la femme.

Les mêmes principes ont lieu pour les profits de cette nature provenant des sociétés stipulées entre époux, en pays de droit écrit ; c'est ce qui a été jugé par deux arrêts des 14 août 1627 et 5 juillet 1637 ; le premier de la chambre de l'édit à Agen, et le second du parlement de Bordeaux.

A plus forte raison, si le défunt avait légué sa portion d'acquêts au survivant, celui-ci en perdrait la propriété par le convol ; c'est une libéralité qui vient uniquement du défunt. Cette maxime, qui ne peut faire aucune difficulté, a été consacrée par un arrêt du même parlement, du 13 juillet 1679.

VI. Lebrun et Ferrière pensent que les bagues et joyaux ne tombent pas dans la réserve des secondes Noces; Dupin et Ricard sont d'une opinion contraire. Mais les autorités que les premiers invoquent, ne sont relatives qu'aux présens de Noces que les parens du mari font à la femme; le président Favre n'excepte que l'anneau nuptial. Taisand rapporte un arrêt du parlement de Dijon, qui a jugé pour la réserve.

VII. Il n'y a aucun doute que le don mutuel en propriété, ne soit sujet aux réserves des secondes Noces; cette donation, quoique réciproque, procède réellement de la libéralité du défunt; aussi, par un arrêt de la seconde chambre des enquêtes du parlement de Paris, les autres chambres consultées, il a été décidé, suivant Charondas, au profit de Perrette Vignal, que les biens procédans de la donation mutuelle en contrat de mariage, *tanquàm lucra nuptialia*, étaient réservés à l'enfant du premier lit, auquel la propriété appartenait, et le seul usufruit à la mère.

Cet arrêt est conforme à l'esprit de notre droit coutumier, puisque l'art. 209 de la coutume de Poitou, en autorisant le don mutuel entre les époux qui ont des enfans, jusqu'à concurrence des meubles et acquêts et du tiers des propres, veut qu'ils soient restreints à l'usufruit en cas de secondes Noces.

Les art. 334 de la coutume du Maine, et 106 de celle de Châteauneuf, sont bien plus rigoureux; ils veulent que le don mutuel soit entièrement révoqué par l'effet des secondes Noces, quoiqu'il ne consiste qu'en usufruit: mais ce lois doivent être renfermées dans leur ressort.

Il en est de même des art. 281 de la coutume de Paris et 72 de celle de Calais. Dans ces dernières coutumes, le don de la jouissance des meubles et acquêts, fait réciproquement entre les époux dans le contrat de mariage de leurs enfans, cesse entièrement en cas de secondes Noces: l'édit restreignant la réserve à la propriété, l'on ne peut y comprendre l'usufruit, si ce n'est en vertu d'un statut local, qui ait force de loi contre les parties. En général, l'usufruit accordé en vertu du premier mariage, en faveur de l'un des époux, n'est pas perdu par le convol.

VIII. Ainsi, en pays de droit écrit, le père ne perd point, par le convol, l'usufruit des biens maternels de ses enfans, quand même, dit Boyer, les biens des enfans consisteraient en fiefs. Cet usufruit est un apanage de la puissance paternelle. Ce magistrat prétend même que, si la coutume prononçait la privation de cet usufruit, en cas de secondes Noces, la privation n'aurait cependant pas lieu dans le cas où cet usufruit aurait été légué. Mais cette question se décide par celle de savoir si l'époux prédécédé a pu remettre les peines du convol; et cette question a déjà été traitée.

Dans la France coutumière, où l'on ne connait pas la puissance paternelle, les pères n'ont pas l'usufruit des biens de leurs enfans, si ce n'est à titre de bailliste ou de gardien, jusqu'à la puberté ou la majorité; mais, dans toutes les coutumes, la garde ou le bail cessent par le convol de la mère, et dans un grand nombre par celui du père.

Il faut, à cet égard, s'attacher aux dispositions des différentes coutumes.

IX. Nous avons vu que la réparation civile adjugée à une femme contre le meurtrier de son premier mari, n'était pas sujette aux peines de l'an du deuil; à plus forte raison ne peut-elle être assujétie aux peines des secondes Noces, célébrées après l'année de la mort du mari.

X. Dans le droit écrit, les successions des enfans, pour ce qui vient de la substance du père, tombent dans la réserve des secondes Noces, mais cette réserve n'est pas admise en pays coutumier.

« Je ne crois pas (dit Ricard) que cette peine » doive avoir lieu même contre la femme: en» core que François II, par son ordonnance, » approuve les constitutions des empereurs, il » ne s'en suit pas que nous devions tirer de ces » constitutions les décisions de toutes les diffi» cultés qui ne sont pas expressément résolues » par l'édit, mais seulement lorsqu'il ne se » rencontre aucune raison de différence entre » notre jurisprudence et le droit romain.... La » disposition des lois des empereurs sur les » successions, ne peut avoir d'effet parmi nous: » l'édit ne contient aucuns termes qui puissent » avoir rapport aux successions, n'ayant parlé » que des biens acquis aux maris ou femmes » par les dons et libéralités l'un de l'autre ».

Sur ce fondement, il a été jugé au parlement de Paris, par un arrêt du 16 septembre 1603, rapporté par Louet, après que la question eut été proposée aux chambres, que l'ordonnance des secondes Noces ne devait point, en pays coutumier, être étendue aux successions des enfans.

Mais cet arrêt ne peut être tiré à conséquence pour les pays de droit écrit, « attendu » (ajoute Ricard) que l'édit déclare ne pas dé» roger aux coutumes particulières des pays, » en ce qu'elles restreignent davantage les li-

» béralités faites à ceux qui passent à des se» condes Noces : la jurisprudence du parle» ment de Paris, à cet égard, est encore » constatée par un arrêt du 30 juillet 1639, » qui a jugé, que, dans les pays de droit » écrit, les droits successifs *ab intestat*, pro» cédant du père, doivent être conservés aux » autres enfans du premier lit ».

Suivant l'authentique *ex testamento*, la mère ne conserve pas même la propriété de sa légitime.

Ricard prétend que cette dernière décision ne doit pas avoir lieu contre les pères, parcequ'il n'en est pas fait mention dans les différentes lois des novelles et des authentiques, qui ont seulement établi cette peine contre la femme : mais les auteurs les plus graves et les arrêts des parlemens de droit écrit s'élèvent contre cette opinion. Les arrêtistes des parlemens de Toulouse et de Bordeaux rapportent une foule d'arrêts qui ont jugé que le père perdait la propriété des successions des enfans du premier lit; ce qu'un arrêt du parlement de Toulouse, de 1598, a étendu à la légitime et à la quarte dans la succession du fils substitué.

Mais pour le père comme pour la mère, on a fait une distinction entre les biens que l'enfant du premier lit a reçus de l'époux predécédé, et ceux qui lui sont provenus d'ailleurs : on convient que le convol ne fait pas perdre aux parens la propriété de cette dernière espèce de biens.

On a encore voulu distinguer entre les successions *ab intestat* des enfans, ouvertes avant ou après le convol, pour n'assujetir à la réserve que la propriété de ces dernières : mais les unes et les autres doivent y être également soumises.

Dans les provinces de droit écrit, il y a des coutumes, comme celle de Saint-Jean-d'Angely, qui accordent aux pères et aux mères la succession mobilière de leurs enfans. Il n'y a pas de doute, malgré l'autorité de Louet et de Chopin, que le convol ne fasse perdre aux pères et aux mères survivans la propriété de ces successions purement mobilières. Les lois romaines ne font, à cet égard, aucune distinction entre les meubles et les immeubles.

Suivant la loi *fœminæ*, la réserve de la propriété a lieu pour les successions testamentaires comme pour les successions *ab intestat;* mais les novelles 2, chap. 3, et 22, chap. 46, et l'authentique *ex testamento*, qui en a été tirée, ont fait deux modifications à la rigueur de cette loi : par la première, la mère qui a convolé, peut être instituée par ses enfans, ainsi que tout étranger; par la seconde, la mère conserve l'usufruit de leurs successions *ab intestat*.

On a aussi voulu distinguer entre les successions testamentaires ouvertes avant le convol, et celles qui ne l'ont été qu'après : il est à présumer, dit Balde, que, dans le premier cas, le fils étant instruit du convol, aura remis la peine à sa mère; au lieu que dans l'autre, il ne peut être présumé avoir prévu l'événement.

Cette distinction a paru trop subtile à plusieurs jurisconsultes, et entre autres au président Boyer, qui décide au contraire que la mère ne doit pas perdre, par le convol, la propriété des dispositions testamentaires de son fils décédé, soit avant, soit après les secondes Noces.

Quoi qu'il en soit, la disposition de l'authentique a été autorisée au parlement de Toulouse, par deux arrêts des 17 décembre 1599 et 10 janvier 1614. On voit dans le recueil de Cambolas, que, par le testament, confirmé par le premier de ces arrêts, la mère remariée durant l'année du deuil, avait été instituée héritière par son fils. Lors du second arrêt, la mère instituée avait été tutrice de sa fille; ainsi, les circonstances n'étaient pas favorables.

A plus forte raison, le père remarié ne perdrait point la propriété des successions testamentaires de ses enfans.

Mais l'art. 276 de la coutume de Paris rejette entièrement l'authentique *ex testamento :* il porte que les enfans ou autres descendans peuvent disposer au profit de leurs pères et mères, aïeuls ou autres ascendans, encore qu'ils soient tuteurs, curateurs ou autres administrateurs, pourvu que, lors du testament ou du décès du testateur, *lesdits ascendans ne soient remariés*. En conséquence, selon Auzanet, les enfans du premier lit ne peuvent disposer en faveur de ceux du second lit, parceque les enfans de la personne prohibée sont également incapables.

Cette disposition de la coutume de Paris ne peut être étendue d'abord aux pays de droit écrit : on vient de voir que la jurisprudence du parlement de Toulouse y est contraire; il en est de même, selon La Peyrère, de celle du parlement de Bordeaux. Quant aux parlemens d'Aix et de Grenoble, les arrêts qui en sont cités par Dupin, n'ont point été rendus sur la question ; mais on trouve au Journal du palais, et dans les observations de Bretonnier sur Henrys, deux arrêts du parlement de Paris, des 6 septembre 1673, et 31 août 1706, qui ont décidé que, dans les provinces de droit écrit, du ressort de cette cour, la mère

remariée pouvait être instituée héritière par les enfans du premier lit.

Il y a plus : le parlement de Paris a jugé, par une foule d'arrêts, que la dernière disposition de l'art. 276 de la coutume de Paris, ne devait pas faire loi dans les coutumes muettes. Le plus recent de ces arrêts, rendu le 1er. février 1689, est au Journal des audiences. Ce principe doit être regardé comme constant.

Bechet porte encore plus loin les conséquences de l'authentique *ex testamento* : il décide que, si le fils a disposé de ses biens par testament, la légitime est due à sa mère, quoique remariée, excepté pour les biens venus du père, à l'égard desquels elle n'a sa légitime qu'en usufruit. Cette décision est fondée sur les vrais principes : la succession des biens *adventices* du fils n'est point comprise dans la réserve des secondes Noces, et cette réserve n'embrasse point également l'usufruit des biens paternels.

C'est en vertu de la seconde modification faite à la loi *fœminæ* par l'authentique *ex testamento*, et par les novelles dont elle est tirée, que la mère qui a convolé, conserve l'usufruit des biens de ses enfans morts *ab intestat*, lorsqu'ils proviennent de la substance de leurs pères, et la propriété lorsqu'ils n'en proviennent pas : *ab intestato quoque vocatur, sive antè mortem filii, sive posteà secundas ineat Nuptias ; seb ab intestato eorum solum usumfructum percipiet quæ ex paternâ substantiâ ad filium pervenerunt.*

La distinction est marquée d'une manière bien précise ; et les auteurs qui ont encore voulu sous distinguer, pour l'usufruit de ces successions, entre celles qui sont échues avant ou après le convol, n'ont pas fait attention aux expressions de la loi.

Mais on a demandé si les biens que les enfans avaient reçus de leurs aieuls paternels, devaient tomber dans la réserve, comme faisant partie de la substance du père.

Catelan rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, qui a jugé pour la négative.

Cependant, si l'enfant décédé *ab intestat*, avait lui-même succédé à un de ses frères du même lit, cette portion, venue du pere, sera-t-elle censée paternelle sur la tête de cet enfant?

La question, dit Dupin, a été jugée au parlement de Bordeaux, le 8 juillet 1706, dans le cas de deux filles du premier lit décédées. La mère, qui avait convolé, convenait que, pour la première fille, elle ne lui avait succédé qu'en usufruit, quant aux biens venus du pere ; mais qu'à l'égard de la seconde fille, elle lui avait succédé en propriété, par rapport à la portion que cette seconde fille avait recueillie du chef de sa première sœur décédée, sans que l'on pût considérer que la première sœur tenait les biens de son pere : *est fraterna hereditas, non paterna* : l'arrêt a décidé que la mère succédait à sa seconde fille en pleine propriété, en ce qui venait de sa sœur.

Quant aux biens venus de la ligne de la mère, et de la portion de la réparation civile adjugée à l'enfant pour le meurtre du pere, il ne peut, à plus forte raison, y avoir de difficulté contre la mère.

Tous ces principes reçoivent leur application contre l'aïeul et l'aïeule; ils sont, comme les pères et les mères, sujets aux peines des secondes Noces, par rapport aux biens de l'époux décédé ; mais aussi ils conservent dans la succession de leurs enfans, la propriété des biens venus d'ailleurs.

Tels sont les avantages résultans du premier mariage, dont les secondes Noces font perdre la propriété aux peres et aux mères. Occupons-nous maintenant des effets de la réserve que les lois établissent en faveur des enfans du premier lit.

ART. III. *Quels sont les effets de la réserve ?*

I. Ces expressions de la loi, *seront tenus de les réserver*, grèvent l'époux, en cas de convol, d'une espèce de substitution envers les enfans nés du précédent mariage ; la loi feint que les avantages n'ont été faits que sous la condition tacite, qu'en vertu des secondes Noces, l'époux serait tenu de les restituer aux enfans communs. Elle fait entendre que l'époux qui convole, ne doit pas être dépouillé de son vivant, mais qu'il est seulement tenu de restituer après sa mort.

Ainsi, les enfans qui prédécèdent, ne peuvent rien transmettre de ces avantages dans leur succession ; et, lorsqu'ils les recueillent, par exemple, à la mort de leur mère qui a convolé, ils sont censés les tenir directement de leur père, sur ce principe admis dans les substitutions, *accipiunt non à gravato, sed à gravante.*

En conséquence, dit Pothier, ces avantages sont, dans la personne des enfans, des propres paternels, si c'est la mère qui a survécu et convolé ; et des propres maternels, si c'est le père ; c'est la doctrine de Dumoulin ; on ne peut, dès-lors, les imputer sur la légitime de la succession du survivant.

Par une autre conséquence, l'époux qui a convolé, ne peut aliéner ni hypothéquer les immeubles compris dans la réserve : s'il les

avait donnés, ses enfans du premier lit pourraient y rentrer sans garantie, attendu la qualité du donataire; mais s'il les avait aliénés, et si les enfans s'étaient portés ses héritiers, ils ne seraient pas recevables à proposer l'éviction : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

Il serait indifférent que l'aliénation ou la donation eussent été faites avant les secondes Noces.

II. Les enfans ne pouvant agir pour ces réserves du vivant de leurs pères ou de leurs mères passés à de secondes Noces, parceque leur droit n'est pas encore ouvert, il faut décider, avec Ferrière, que le décret, et, à plus forte raison, des lettres de ratification ne purgeraient pas leur droit.

Quant à la question de savoir si la prescription court contre eux, elle est décidée par la novelle 22, chap. 24, qui, après avoir statué que les enfans du premier lit peuvent demander la nullité des aliénations contre tous acquéreurs, ajoute, qu'ils ne peuvent être exclus que par la prescription de trente ans, qui ne commence à courir que du moment où les enfans seront en puissance d'agir : *non aliter excludendi, nisi tricennale transeat tempus, et detentatio dominos accipientes constituat; incipiente filiis tempore currere, ex quo suæ potestatis apparuerint existentes aut facti, nisi tamen aliqua impubes ætas adjuvet adhuc*.

Mais comment doit-on entendre ces expressions, *ex quo suæ potestatis apparuerint existentes aut facti?* Il semble, d'un côté, qu'elles n'ont rapport qu'à l'expiration de la puissance paternelle; d'un autre côté, qu'elles indiquent le moment où le droit des enfans est ouvert, où ils ont le pouvoir de l'exercer : d'ailleurs, comment étendre cette disposition aux pays coutumier où la puissance paternelle est inconnue? Ne serait-il pas plus simple de se retrancher simplement dans la maxime invoquée par Cujas et par Lebrun, *contrà non valentem agere non currit præscriptio*?

III. Lorsque les avantages consistent en effets mobiliers, il ne suffirait pas, en pays de droit écrit, de les conserver en nature aux enfans du premier lit : il faut leur rendre l'estimation de ce que ces effets valaient au temps de la donation. Cette décision parait rigoureuse, en ce qu'elle semble priver l'époux qui convole, du bénéfice de l'usage et de l'usufruit que lui conserve l'édit; mais c'est la disposition précise du §. 1er. de la loi *hàc edictali*. Cette loi fait plus : elle veut que la mère ne conserve la possession des effets mobiliers, qu'en donnant caution; si elle refuse ou si elle est dans l'impuissance de donner caution, la loi ajoute que les meubles seront remis aux enfans, qui seront aussi tenus de donner caution et de payer les intérêts de trois pour cent chaque année : et si les enfans et la mère sont également dans l'impuissance de donner caution, ces effets doivent rester à la mère pendant sa vie.

Cette nécessité de donner caution n'a pas lieu pour les immeubles.

IV. Les enfans, pour la restitution de la somme à laquelle se porte l'estimation, ont hypothèque sur les biens de leur père ou de leur mère, du jour que ces derniers sont censés avoir reçu la donation ou l'avantage, c'est-à-dire, du jour du décès de l'époux prédécédé.

[[Mais, à compter de la publication de la loi du 11 brumaire an 7, jusqu'à celle du Code civil, qui a aboli la réserve, cette hypothèque n'a pu avoir d'effet que par l'inscription. *V.* l'article *Hypothèque*, sec. 2, §. 2.]]

V. C'est en faveur des enfans, et des seuls enfans du premier lit, que la substitution et la réserve sont établies par la loi; ce sont, dès-lors, les seuls enfans du premier lit qui peuvent recueillir les avantages réservés; mais les petits-enfans, si les enfans dont ils sont issus, sont morts avant l'ouverture de la réserve, doivent y prendre la portion qu'y auraient eue le père ou la mère qu'ils représentent.

VI. La loi *generaliter* laissait au père ou à la mère qui avaient convolé, le droit d'élire, entre les enfans, celui auquel ils voulaient remettre les avantages réservés, et, à plus forte raison, celui de partager inégalement entre eux ces avantages; mais par la novelle 2, chap. 1, le choix a été ôté à la mère : *et nullam esse licentiam matri alios quidem filiorum eligere, alios autem exhonorare, quoniam omnibus simul secundis Nuptiis fecit injuriam*. Le chap. 23 de la novelle 22 a encore ôté cette option au père : en un mot, par l'authentique *lucrum*, ces avantages doivent être partagés également entre les enfans : *lucrum hoc æqualiter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur*.

Il parait que telle est la jurisprudence du parlement de Bordeaux. A la vérité, il y a un arrêt qui parait contraire; cet arrêt, du 11 mai 1620, rendu après avoir demandé l'avis à la grand'chambre, est inséré dans les arrêts notables, à la suite du commentaire d'Automne sur la coutume de Bordeaux; il a

jugé qu'une mère qui avait perdu par le convol la propriété des gains nuptiaux, pouvait en disposer en faveur d'un des enfans du premier mariage. Mais Automne, dans sa conférence, rapporte un autre arrêt du 13 août 1588, qui a décidé que les réserves devaient être également divisées entre les enfans, sans que la mère pût donner à l'un plus qu'à l'autre; et l'auteur des nouvelles additions sur La Peyrère, observe que l'époux remarié perd le choix des gains nuptiaux, et que la jurisprudence du parlement de Guienne est contraire à l'arrêt de 1620.

Quant au parlement de Toulouse, il y en a trois arrêts : les deux derniers, du mois de novembre 1677 et du 13 mars 1679, ont refusé l'option à des mères remariées, quoiqu'il leur fût permis, par leur contrat de mariage, de disposer en faveur des enfans, avec cette clause expresse, *demeurant veuves* ou *remariées;* à plus forte raison, dans cette cour, le survivant remarié n'aurait pas le choix, s'il ne lui était pas déféré par son contrat de mariage.

A l'égard des pays coutumiers, Lebrun pense que la veuve peut choisir entre ses enfans du premier lit, ou faire entre eux un partage inégal des réserves : l'objet de la loi est rempli, dit-il, dès que ces avantages sont assurés à l'un des enfans du premier lit.

Mais Ricard, Renusson et Pothier s'élèvent contre cette opinion. Ils pensent justement que l'édit n'est pas demeuré dans la simple prohibition d'aliéner au préjudice des enfans du premier mariage; qu'il a déclaré en outre que les avantages devaient leur être réservés; que la peine est encourue par les secondes Noces; que le droit des enfans est acquis, sans que la femme y puisse rien changer.

Cette question en a fait naître une autre : on ne doit pas les confondre. C'est lorsque, par une institution dont le survivant ne doit pas profiter, le prédécédé l'a chargé de l'élection de son héritier. Il n'a, dans ce cas, disent les auteurs, que le *nudum ministerium:* doit-il le perdre par le convol?

Il y a diversité d'arrêts dans les différens parlemens.

Un arrêt de celui de Toulouse, de 1571, sur partage de la première des enquêtes, départi en la seconde, a privé le père remarié de ce droit d'élection : ce père avait été, dit Maynard, institué par sa femme pour héritier, à la charge de rendre et laisser les biens donnés à l'un de leurs enfans communs, tels qu'il trouverait bon de choisir et d'élire.

La même chambre a jugé, suivant le même magistrat, au mois de mai 1588, que les secondes Noces ne privaient point le père du droit d'élection qui lui était déféré par une pareille clause du testament de sa première femme.

Il y a deux autres arrêts conformes, l'un de 1677, et l'autre du 8 juillet 1668, le dernier a été rendu dans la circonstance particulière que le testament contenait la condition de viduité.

Au parlement de Bordeaux, même contrariété : un arrêt de juillet 1611, parait avoir refusé l'élection à la mère; un autre arrêt de 1687 a décidé qu'elles ne perdait pas le choix.

Au parlement de Paris, Brodeau, sur Louet, lettre N, §. 3, rapporte trois arrêts qui ont jugé que le simple droit d'élection n'est point perdu dans les secondes Noces.

Henrys penche pour cette opinion; mais il rapporte un arrêt de cette cour, qui n'a pas eu d'égard à l'élection faite par le père en faveur du fils du premier lit, en vertu du pouvoir que sa première femme lui en avait donné.

La même division subsiste parmi les jurisconsultes.

VII. Lorsqu'il y a des biens nobles compris dans les avantages réservés aux enfans du premier lit, l'aîné y prend-il son droit d'aînesse?

Ricard et Pothier se décident pour l'affirmative, parceque, quoique les enfans ne recueillent pas les biens à titre de succession, c'est un dédommagement du préjudice qu'ils souffrent; et l'aîné souffrant un plus grand préjudice par rapport aux biens nobles sur lesquels il aurait exercé sa prééminence, si son père les eût laissés dans sa succession, doit avoir dans la substitution une part proportionnée, et par conséquent y exercer son droit d'aînesse, comme il l'eût fait dans sa succession.

VIII. Les enfans ne tenant pas de leur mère remariée les biens compris dans la réserve, il n'est pas nécessaire qu'ils soient ses héritiers pour les recueillir; et, quoiqu'ils les tiennent de leur père, il n'est pas encore nécessaire qu'ils le soient de celui-ci : ce n'est pas, en effet, en qualité d'héritiers que les réserves ont lieu en leur faveur, mais à titre d'enfans. C'est la décisson de Lebrun, de Pothier, d'Antomne et du président Boyer, qui ne sont, à cet égard, que les échos du chap. 26, §. 1, de la novelle 22 : *et super iis quoque lucris, quæcumque ad secunda venientibus vota parentibus percipiunt, non perscrutamur utrùm heredes existant, aut præmo-*

rientis parentis, aut secundi morientis, nec si alii quidem heredes existant, alii verò non.

Il n'en est pas de même suivant cette loi, lorsqu'après la mort de l'un des enfans, les petits-enfans demandent la portion de leur pere aux biens perdus par le convol de leur aieul. Il faut, pour y être admis, qu'ils soient héritiers de leur père : *defuncti portionem illius damus filiis, si heredes sint patris, alioqui ad fratres deducimus.*

Mais, quoiqu'il ne soit pas nécessaire d'être héritier, les filles qui sont exclues par les coutumes, de la succession de leur père qui les a dotées, et celles qui, par leur contrat de mariage, y ont renoncé, ne sont pas admises à partager les biens réservés avec leurs frères, au profit desquels elles ont renoncé. L'édit ayant eu en vue de réparer le préjudice que supportent les seuls enfans qui avaient droit de venir à la succession, eux seuls doivent être admis au partage des réserves que fait la loi.

Ricard, pour confirmer cette opinion, rapporte un arrêt du 26 juin 1697, rendu dans la coutume de Poitou, qui ne reconnait d'autre héritier que le fils aîné; cet arrêt adjuge en conséquence à l'aîné seul les biens qu'un mari avait donné à sa femme qui s'était remariée.

Mais si les frères en faveur desquels les filles avaient renoncé, ou avaient été exclues, étaient tous prédécédés sans aucune postérité qui les représentât, les filles, en recouvrant leur droit aux successions, recouvreraient en même temps celui d'être admises à la réserve.

IX. Il n'y a point de doute qu'un fils exhérédé valablement par son père, ne soit indigne de recueillir les avantages réservés par le convol de sa mère.

L'indignité aurait-elle lieu si l'enfant n'avait été exhérédé que par sa mère qui a convolé? La loi *cùm apertissimè*, de l'empereur Léon, ne paraît d'abord avoir pour objet direct que le retranchement des avantages faits aux seconds époux; cependant il paraît qu'elle embrasse indirectement les réserves : *quapropter sancimus ingratos liberos, neque hoc beneficium, quod divalis constitutio Leonis augustæ memoriæ eis præstitit, in posterùm posse vindicare, sed quasi ingratos, ab omni hujusmodi lucro, repelli :* ces expressions, *ab omni hujusmodi lucro*, comprennent la privation de la réserve des dons faits par le premier époux à celui qui a convolé, puisque ces réserves ont la même cause, et, à certains égards, la même nature que les biens réservés. D'ailleurs, l'édit de François II, comme l'observe Pothier, n'ayant été fait que pour suppléer aux devoirs d'amour et de tendresse des veuves qui se remarient, envers les enfans de leurs précédens mariages, il est censé n'avoir lieu qu'en faveur de ceux de ces enfans envers lesquels leur mère était tenue de ces devoirs, et non pour ceux qui ont mérité son exhérédation.

X. De la maxime que les avantages réservés viennent aux enfans, non du chef de leur mère qui a convolé, mais de celui du père qui a prédécédé, il résulte encore que les enfans des autres mariages n'y peuvent rien prendre, quand même leur mère n'aurait laissé aucun autre bien sur lequel ils puissent avoir leur légitime.

[[*V.* l'article *Légitime*, sect. 8, §. 2, art. 1, quest. 7.]]

XI. Mais les enfans du second mariage n'ayant aucune part dans les dons et avantages faits à leur mère par son premier mari, sont-ils fondés à refuser à ceux du premier lit tout partage dans les dons et avantages qu'elle a reçus de son second époux?

Pothier prétend qu'ils n'y sont pas fondés, que ces avantages se trouvent dans la succession de leur mère, de même que tous les autres biens libres, et que tous les enfans des deux lits y ont un droit égal.

Mais cette décision nous paraît contraire à la dernière disposition de la loi *cùm aliis* des empereurs Honorius et Théodose, qui porte : *Nos enim hâc lege id præcipuè custodiendum esse decernimus, ut ex quocunque conjugio suscepti filii, patrum suorum sponsalitias retineant facultates.* Cette loi semble établir d'une manière bien précise, la réserve des avantages paternels en faveur de chaque lit.

Cependant, si l'on adoptait le principe de Pothier, il faudrait au moins en excepter les coutumes, qui, comme celles de Dax, de Saint-Sever et de l'évêché de Metz, introduisent un ordre de succession particulier pour chaque lit.

Une autre exception serait lorsque la mère a convolé à un troisième mariage : elle contracterait, par ce second convol, l'obligation de réserver aux enfans du second mariage les avantages qui proviennent du second mari; ces biens doivent appartenir aux enfans du second lit, à l'exception de ceux du premier et du troisieme. La loi *cùm aliis* est encore précise à cet égard : *itaque si habens filios ad secundas Nuptias fortassè transierit, spon-*

salitiam largitatem quam vir secundus contulerit in uxorem, tantummodò filii qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, pro soliditate possideant; nec prosit liberis ex priore susceptis matrimonio, quod mulier ad tertia minimè vota migraverit.

XII. Les réserves n'étant établies qu'en faveur des enfans du premier mariage, et ne devant être ouvertes qu'à la mort de l'époux qui a convolé, elles cessent entièrement si tous les enfans du premier mariage décèdent avant le survivant, et ne laissent aucune postérité qui le représente.

Par ce prédécès, les aliénations que l'époux remarié aurait fait des avantages réservés, deviennent irrévocables, soit qu'elles aient précédé ou suivi le convol.

Les réserves cessent également, s'il ne subsiste plus que des enfans incapables de les recueillir, par exemple des enfans légitimement exhérédés ou morts civilement.

Par la raison contraire, les réserves ne cesseraient pas, si les enfans survivans avaient seulement renoncé ou étaient exclus par la coutume en faveur de leur père.

A plus forte raison, si la veuve n'avait point d'enfans, et qu'à défaut de parens, elle eût succédé à son mari, en vertu de la loi *undè vir et uxor*, elle ne perdrait point cette succession par les secondes Noces.

Chenu, quest. 79, rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 7 septembre 1600, qui a jugé que la succession appartenait à la femme, nonobstant qu'elle eût convolé à de secondes Noces, à l'exclusion du seigneur haut-justicier. Il en serait de même de la quarte des biens du mari, accordée à la femme pauvre par l'authentique *præterea*.

XIII. Lorsque la femme qui s'est remariée devient veuve de son second mari, et qu'elle n'en a point eu d'enfans, plusieurs auteurs pensent que la réserve est éteinte, et que la femme recouvre la liberté de disposer, comme bon lui semblera, des biens qui lui ont été donnés par son premier mari : le convol n'a fait, disent-ils, en ce cas, aucun préjudice à ses enfans du premier mariage, et elle redevient dans le même état que si elle ne s'était pas remariée. Cependant, en vertu de l'édit, le droit des enfans est acquis, quoiqu'il ne soit pas encore ouvert par le fait seul des secondes Noces. Le fidéicommis, une fois établi en leur faveur, ne peut plus devenir caduc que par leur décès.

[[Art. IV. *La réserve dont il s'agit, a-t-elle été abrogée par la loi du 17 nivôse an 2, ou ne l'a-t-elle été que par le Code civil?*

En 1777, mariage entre le sieur de Beaulieu et la demoiselle Fayot de Saint-Laurent. Deux filles naissent de ce mariage. En 1786, la dame de Beaulieu meurt, laissant un testament par lequel elle institue son mari héritier universel, et réduit ses deux filles à leurs légitimes. En 1800, sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2, le sieur de Beaulieu se remarie. Question de savoir si, par-là, il a perdu la propriété des biens qui lui ont été laissés par sa première femme.

Le 5 juillet 1806, jugement du tribunal de première instance de Nîmes, qui décide pour la négative.

Sur l'appel, la cour de Nîmes, se fondant sur les lois 3 et 5, C. *de secundis Nuptiis*, non abrogées (a-t-elle dit) par la loi du 17 nivôse an 2, ainsi qu'il résulte des arrêts de la cour de cassation, des 3 brumaire an 9 et 24 fructidor an 13 (rapportés ci-devant, §. 2, n°. 3), déclare, par arrêt du 12 décembre de la même année, qu'il a été mal jugé, et que le sieur de Beaulieu a perdu, par l'effet de son convol, la propriété des biens dans lesquels sa première femme l'avait institué héritier.

Le sieur de Beaulieu se pourvoit en cassation; mais, par arrêt du 2 mai 1808, au rapport de M. Cochard,

« Attendu que la loi du 17 nivôse, qui n'est relative qu'à la simple transmission des biens, n'a pas eu en vue l'abolition, soit expresse, soit tacite, des lois pénales rendues pour les cas éventuels des secondes Noces; que ces dernières lois tirent leur double fondement, et de la haine qu'elles manifestent contre les secondes Noces, et de la faveur qu'elles accordent et entendent accorder aux enfans du premier lit; que la transmission de biens qui se fait à leur profit, n'est que la conséquence et l'effet naturel et nécessaire des peines prononcées contre l'époux survivant qui se remarie, tandis que la loi du 17 nivôse n'a eu pour objet direct et principal que l'introduction du mode de transmettre les biens par la voie légale des successions;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

§. IV. *De la défense faite par les lois romaines et par l'édit de François II, de 1560, à celui qui passe à de secondes Noces, de donner directement ni indirectement au second époux, au-delà de la portion de l'enfant moins prenant.*

Pour mettre de l'ordre dans la discussion

des questions que présente ce paragraphe, nous examinerons,

1°. Quelles sont les personnes à qui la défense est faite, et quelles sont celles à qui il leur est défendu de donner;

2°. Quelles donations et quels avantages sont compris dans la prohibition et dans le retranchement qui en est la suite;

3°. Quels sont les enfans en faveur desquels la prohibition est faite, et quels sont les droits et les actions que la loi leur donne;

[[4°. Si la loi du 17 nivôse an 2 a maintenu la prohibition?]]

ART. I. *Quelles sont les personnes à qui la prohibition est faite, et quelles sont celles à qui il leur est défendu de donner?*

I. Les personnes auxquelles la défense est faite, sont d'abord les femmes veuves ayant *enfant* ou *enfans*, qui se remarient : peu importe le nombre des enfans qu'elles ont de leurs précédens mariages; mais la veuve dont les enfans auraient perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation capitale, est censée n'en avoir aucun, et n'est pas, dès-lors, comprise dans la prohibition; elle y serait comprise si ses enfans décédés avaient laissé des descendans habiles à leur succéder : car l'édit ajoute, ou *enfans de leurs enfans*.

Il en serait de même si la veuve était enceinte, ou qu'elle eût une bru enceinte d'un posthume qui vécût dans la suite. *Qui in utero est, pro jam nato habetur quoties de commodo ejus agitur.*

L'édit ne parle pas des hommes veufs qui se remarient; mais il est tiré de la loi *hâc edictali*, qui a lieu contre les pères et contre les mères : *si ex priore matrimonio pater materve ad secunda vota migraverit, non sit eis licitum, etc.*

» A l'instar de cette loi, la grande faveur de l'ordonnance (dit Ricard) a fait que l'on a étendu aux hommes ce que la première partie de l'édit n'avait prononcé que contre les femmes.......

» L'édit ayant approuvé la loi *hâc edictali*, qui est également contre les hommes et contre les femmes, on a eu sujet de croire qu'il avait été conçu contre les femmes par forme d'exemple, à cause des fréquens abus qui arrivent en pareille occasion aux personnes de ce sexe. D'ailleurs, les hommes ne doivent pas se plaindre de cette extension, attendu qu'elle ne les regarde qu'autant qu'ils auront autant de faiblesse que les femmes.

» Le premier arrêt intervenu a ce sujet, a été très-solennellement prononcé en robes rouges, le 18 juillet 1587, en forme de loi; cet arrêt déclare, en termes généraux, que l'édit *comprend tant les maris que les femmes convolant à de secondes Noces*; de sorte que l'on n'a plus douté de cette question, la cour ayant perpétuellement condamné les prétentions de ceux qui ont soutenu le contraire ».

Selon Brodeau, le principe avait déjà été consacré par arrêt antérieur de la troisième des enquêtes du 13 juillet 1577. Il a été confirmé par un arrêt donné en robes rouges, le 23 mai 1586, et par un autre de la seconde des enquêtes, du 6 août 1639.

II. La loi *hâc edictali* étend la prohibition aux aïeuls et bisaïeuls : *Quam observationem in personis etiam avi vel aviæ, proavi et proaviæ, nepotem vel neptem, item in pronepotem vel proneptem, sive emancipati emancipatæve sint, ex paternâ vel maternâ lineâ venientibus, custodiri censemus.* Les expressions, *ou enfans de leurs enfans*, dont se sert l'édit, font connaître que le législateur a adopté cette disposition du droit romain.

III. C'est principalement pour restreindre les avantages faits à ceux ou à celles qui épousent des veufs ou veuves, que la prohibition est faite.

Mais ce n'est pas seulement aux seconds maris et aux secondes femmes que l'édit défend de donner; il ajoute : *père, mère* ou *enfans desdits maris*, ou *autres personnes qu'on puisse présumer, par dol* ou *fraude interposées*.

Ainsi, la prohibition est absolue à l'égard des pères et des mères, et des enfans des seconds maris.

Sans cette précaution, il eût été trop facile d'éluder la loi. Les seconds maris feraient donner à leurs pères ou à leurs mères ce qu'ils ne pourraient se faire donner à eux-mêmes; ils le feraient donner a leurs enfans; d'ailleurs, ce qui est donné aux pères, est censé donné aux enfans, qui doivent leur succéder dans l'ordre de la nature; et réciproquement, à cause de la tendresse paternelle.

Les dons faits aux aïeuls du second mari ou à ses petits-enfans, sont aussi renfermés dans la prohibition; elle embrasse toute la ligne ascendante, comme la ligne descendante mais la prohibition n'étant qu'en considération des seconds maris, lorsque les avantages sont faits après la mort du second mari, ils sont valables, et ne sont sujets à aucune réduction.

Ces avantages seraient également valables, selon Béchet et Féron, s'ils avaient pour mo-

tifs de véritables services. Par exemple, si le donataire avait couru quelques dangers pour sauver la vie à un donateur, le don ne pourrait être réductible que pour ce qui excéderait la récompense naturelle.

Ce sont proprement les enfans que les seconds maris out eus de leurs précédens mariages, qui sont compris dans la prohibition de l'édit. C'est ce qu'explique très-bien l'art. 283 de la coutume de Paris : « Ne peuvent » lesdits conjoints donner aux enfans l'un de » l'autre, d'un premier mariage, au cas qu'ils, » ou l'un d'eux, aient enfans ». Ainsi, les enfans d'un autre lit du second époux, sont sans difficulté compris dans la prohibition, aux termes de la coutume de Paris, soit qu'il s'agisse des enfans du second mari ou de la seconde femme.

Mais on a prétendu que cette extension n'avait lieu, en pays de droit écrit, que contre les dons faits aux enfans du second mari, parceque, d'un côté, ces enfans étant dans la puissance de leur père, celui-ci profite de l'usufruit de ces dons, et que, d'un autre côté, l'édit ne parle point des enfans de la femme. On s'est prévalu, pour établir cette opinion, d'un arrêt du parlement de Toulouse du 26 janvier 1624, qui est rapporté par Cambolas.

Mais il est facile de réfuter ce système : il n'est d'abord pas certain que l'arrêt ait été rendu sur la question ; d'ailleurs, les femmes ont mille manières de profiter des dons faits à leurs enfans ; par exemple lorsqu'elles leur succèdent. D'un autre côté, qu'elles profitent ou non, la suggestion que l'édit a également voulu prévenir, n'en serait pas moins à craindre ; aussi, en général, dans la jurisprudence de tous les parlemens, les prohibitions de donner à certaines personnes, s'étendent aux enfans de la personne prohibée, émancipés ou non émancipés. Enfin, la loi *hâc edictali* ne faisant aucune distinction entre les personnes interposées, sa décision tombe sur les enfans du second époux indistinctement.

La coutume ne parle que des enfans d'un autre lit, et l'édit, des enfans du mari ; ainsi, la probibition ne frappe point sur les enfans communs. *Quia scilicet*, dit Cujas, *ut donet mater, naturalis affectio facit; privigno ut donet noverca, maritalis affectus facit, non certè novercalis.*

Ricard et tous les arrêtistes rapportent une foule d'arrêts qui ont autorisé cette maxime dans les différens parlemens ; il y en a un célèbre du parlement de Nancy, du 23 juin 1714.

Il faut cependant observer avec Ricard, que les donations seraient réductibles, si elles paraissaient faites dans l'esprit de gratifier plutôt le père que les enfans communs : c'est la décision de la loi 29, D. *de donationibus inter virum et uxorem.*

Ainsi, conformément aux conclusions de M. Servin, par un arrêt du 8 juillet 1596, le parlement de Paris a considéré comme faite à la seconde femme, une donation faite aux enfans communs par un père âgé de soixante ans, qui, ayant des enfans du premier mariage, avait épousé en secondes Noces une jeune fille : la donation était de tous les meubles et acquêts, avec substitution en faveur de la mère.

Un arrêt semblable est intervenu le 24 mai 1654, sur les conclusions de M. Talon. Un marchand d'Amiens, qui avait une fille d'un premier lit, avait fait un testament mutuel avec sa seconde femme ; ils s'y étaient donné réciproquement leurs meubles, acquêts et conquêts immeubles, et le quint de leurs propres, pour en jouir par usufruit par le survivant ; et à l'égard de la propriété des mêmes biens, ils l'avaient donnée à leurs enfans communs. Cette disposition fut attaquée avec succès par la fille du premier lit, comme portant les marques d'un avantage pratique pour la seconde femme.

Mais si la donation est stipulée dans le contrat du second mariage au profit des enfans à naître, presumera-t-on qu'elle soit faite en faveur du second mari ou de la seconde femme ?

Si l'on s'attache à la jurisprudence des arrêts, la question restera indécise ; ceux que rapportent Ricard, Denisart et Dupin, paraissent se contredire.

Ricard établit bien solidement que les donations doivent être considérées comme faites au second mari. « L'édit, contre les personnes » qui y sont nommées, comprend (dit-il) toutes » les autres en faveur desquelles les donations » seront présumées avoir été procurées par les » seconds maris. Il y a grande raison de considérer celles-ci comme les purs ouvrages du » second mari, qui s'est prévalu du désir ardent » que la femme avait de l'épouser, pour exiger » d'elle toutes sortes d'avantages, pour en faire » faire des donations au nom des enfans à naître, après avoir épuisé tout ce que l'édit permettait de faire directement pour lui en son » nom. Si la mère s'était conduite avec liberté, » elle aurait plutôt exercé sa libéralité envers » ses enfans qui étaient au monde, et qui étaient » capables de mériter son affection, qu'envers » des enfans à naître, qui ne subsistaient que » dans l'imagination, qui n'étaient pas encore » dignes d'amitié ni de haine, et qui même » pouvaient venir au monde imparfaits ».

Cependant il peut se rencontrer pour de pareilles donations, des motifs capables de les faire confirmer, comme lorsqu'une mère qui n'a que des filles de son premier mariage, donne à l'aîné mâle des enfans à naître un préciput considérable.

Pour faire suspecter la donation, il ne suffit pas que le pere y soit nommé, lorsqu'il n'en doit pas profiter : l'institution du second mari est même valable, si elle est faite à la charge de restituer la succession aux enfans communs, quoiqu'il doive en conserver l'usufruit, en vertu de sa puissance paternelle : ainsi jugé au parlement de Toulouse par deux arrêts du mois de février 1590 et du 25 mai 1592, rapportés par Maynard et Cambolas ; et au parlement de Bordeaux par quatre différens arrêts, le premier de l'an 1665, le second du mois de mars 1659, les troisième et quatrieme des 8 avril 1664 et 13 juin 1682, suivant La Peyrere et l'auteur du recueil à la suite du commentaire d'Automne.

Mais si la donation était faite au second mari, avec la clause, qu'en cas de contestation, elle céderait au profit des enfans communs, l'acte serait presumé fait en fraude des enfans du premier lit ; c'est l'opinion de Henrys, de Balde et de Boyer.

Si la femme, apres avoir institué l'enfant commun, lui substituait exemplairement son second mari, cette substitution serait-elle sujette au retranchement prononcé par l'édit des secondes Noces ?

La Rocheflavin cite un arrêt du parlement de Toulouse, du 18 avril 1578, qui a jugé pour la négative, sur le fondement, qu'à défaut de cette substitution le second mari n'aurait pas moins recueilli *ab intestat* la succession de l'enfant commun.

Cette décision aurait encore lieu, si la mère qui a plusieurs enfans de deux lits, faisant la substitution exemplaire de l'un des enfans communs, en faveur des autres enfans communs, au préjudice de ceux du premier lit, et sans distraction de légitime ni de quarte trébellianique. C'est ce qui a encore été jugé par un arrêt du parlement de Paris, confirmatif d'une sentence du sénéchal de Lyon, et prononcé en robes rouges à Noel 1612. Cet arrêt est recueilli par Montholon, §. 121.

Il est constant que cette décision ne peut souffrir de difficulté dans les coutumes où les frères germains excluent les non-germains, puisque les enfans communs ne sont pas compris dans la prohibition de l'édit ; la mère peut donner, au nom de l'enfant commun, ce que celui-ci aurait pu lui-même donner.

Mais, dans l'usage de Saintes, où les freres ont une légitime coutumière, il serait indispensable de la leur réserver ; il faudrait également leur conserver les quatre quints ou les trois quarts des propres dans les coutumes qui ne permettent pas d'en disposer par testament au préjudice des enfans de la ligne.

D'un autre côté, l'annotateur de la Peyrère rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux, du 21 juin 1661, qui a prononcé la nullité de la donation faite par un frère qui était sous la tutelle du vitric, en faveur d'un frere utérin, au préjudice de son frère germain ; la prohibition des secondes Noces se réunissait, lors de cet arrêt, avec la défense faite par les ordonnances de donner aux tuteurs et curateurs.

La prohibition de l'édit est bien plus étendue que celle de la loi *hâc edictali*. L'édit comprend expressément les lignes ascendantes et descendantes dans la prohibition, qu'il étend ensuite aux autres personnes qui pourraient être présumées avoir été interposées par fraude : *Circumscriptione, si qua per interpositam personam vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante* ; au lieu que la loi ne renferme que la dernière disposition, et confond ainsi les dons faits aux descendans et aux enfans, avec ceux qui peuvent être faits à d'autres personnes interposées, et avec les autres voies indirectes.

Par cette désignation vague, la prohibition n'est point absolue : l'effet en est au contraire toujours subordonné à l'événement des preuves, et dépend, dès lors, des différentes circonstances, qui sont toujours fort arbitraires. La fraude est si attentive à se déguiser, qu'il est souvent impossible de la prouver : ce seraient cependant des présomptions suffisantes, si la donation était faite à un frere ou à un autre proche parent du second mari qui n'aurait point d'enfant, et dont celui-ci serait le présomptif héritier, ou si le donataire était une personne puissante et riche, avec laquelle le mari aurait des liaisons particulières, sans que la femme eût avec cette même personne aucune communication. Il en est de même, dit Ricard, des autres conjectures qui se tirent des circonstances particulières, dont les unes peuvent suffire pour faire déclarer la donation sujette à la peine de l'édit, et les autres sont toujours capables de faire recevoir la preuve de la fraude qui est articulée ; sauf aux juges, lors du rapport des preuves, à considerer si elle est suffisamment justifiée. Il est fort difficile d'établir des maximes générales en de pareilles occasions.

IV. La prohibition reçoit également son

application, lorsque celui qui a convolé, interpose des donateurs pour faire des libéralités au second époux, de même que quand c'est la personne du donataire qui est interposée. Ce principe est fondé sur la Novelle 22, chap. 23: *Et non discernimus de dote et antè Nuptias donatione, utrùm ipsi hanc dederit pro se contrahentes, aut aliqui alii pro eis hoc egerint, sive ex genere, sive etiam extrinsecùs.* Ainsi, dit Lebrun, lorsque le père de celui qui convole à de secondes Noces, donne au second époux, cette donation est sujette au retranchement. La raison en est au dessus de toutes les présomptions. Dans ce cas, le fils ou la fille seraient tenus de rapporter à la succession du donateur, ce qui aurait été donné au gendre et à la bru, quand même il y aurait eu dans la suite renonciation à cette succession, parceque la renonciation aurait pu être déterminée par la crainte du rapport; d'ailleurs, toute personne qui renonce *aliquo dato*, est réputée partagée.

Il n'y a point de difficulté, lorsque celui qui passe à de secondes Noces, donne à une personne étrangère, avec charge de restituer au second époux. Le retranchement doit avoir lieu; la personne interposée n'est ni masquée ni déguisée; la preuve de la volonté du donateur est écrite.

Si, au contraire, l'époux remarié donne au second époux, à la charge de remettre à un tiers, cela peut souffrir plus de difficulté; on peut penser que ce serait *color quæsitus*, et que la charge n'est qu'un prétexte, un détour en fraude des enfans du premier lit. Selon Balde et Béchet, il faut considérer le profit que le second époux retire de cette donation. Selon Dupin, il y a toujours présomption de fraude. A quoi bon se servir du second époux, personne prohibée, lorsqu'on pouvait donner directement à la tierce personne? Si le second époux restait en possession de la chose, il n'y aurait plus de doute: il faudrait considérer le fidéicommis comme un déguisement nécessairement sujet à la réduction.

V. La rigueur de l'édit et de la loi ne comprend pas seulement les seconds mariages, mais encore les troisièmes et quatrièmes, etc. Ainsi, lorsqu'une femme ayant des enfans du premier lit, a passé successivement à différens mariages, et qu'elle a fait des donations à ses second, troisième et quatrième maris, il n'est pas nécessaire, pour donner lieu à la réduction, que la donation faite à l'un de ces maris, excède la part de l'enfant moins prenant; il suffit que toutes ces donations excèdent ensemble cette part. L'édit ne dit pas, *ne pourront donner à chacun de leurs nouveaux maris*; mais il dit, *ne peuvent donner à leurs nouveaux maris plus qu'à l'un de leurs enfans.* Ces expressions, conformes à celles de la loi *hâc edictali*, justifient que les veuves ne peuvent donner à tous leurs nouveaux maris, ensemble ou séparément, lorsqu'elles en ont eu plusieurs, plus que l'équivalent de l'enfant le moins prenant.

Mais le troisième, et successivement les maris postérieurs ne peuvent rien prétendre, qu'après que les donations faites au second mari, auront été successivement remplies; en sorte que, si les avantages faits au second mari, absorbent ou égalent la part d'un autre enfant, les donations faites au troisième, sont nulles. Dans ce cas de différens mariages successifs, il faut faire, entre les différens maris, un ordre de priorité et de postériorité; le second mari étant le premier en date, ses héritiers doivent être satisfaits d'abord; il n'a pu dépendre de la veuve de diminuer leurs droits acquis.

Il faut aussi comprendre dans cette réduction à une seule part d'enfans, avec les donations faites directement aux second et postérieurs maris, celles qui ont été faites aux personnes interposées ou présumées telles. Mais dans quel ordre doit se faire la réduction à l'égard de ces avantages indirects, lorsqu'ils sont attaqués du chef du même mari? Il semble que l'on devrait suivre également l'ordre de priorité, comme lorsqu'il s'agit de la légitime des enfans contre le donataire; mais Lebrun décide que la réduction n'étant causée que sur la présomption que toutes ces donations sont faites au profit de la même personne, c'est-à-dire, du second mari, elle doit s'opérer au sou la livre, comme celle des legs et des donations à cause de mort. Ne serait-ce pas le cas au contraire de faire d'abord le retranchement sur les dons faits sous le nom des tiers, afin que le second mari conservât au moins l'intégrité de sa part d'enfant, surtout si la donation qui lui en a été faite, est par contrat de mariage, et que les autres soient postérieures?

Nous n'avons jusqu'ici considéré les réductions que relativement aux personnes auxquelles l'époux qui passe à des secondes Noces, peut faire des libéralités et des avantages. Nous allons dire maintenant quelles sont les différentes libéralités, les différens avantages qui sont sujets à ces réductions.

ART. II. *Quels avantages sont compris dans la prohibition?*

I. En général, tous les dons et avantages

qu'une femme fait à ses second et ulterieurs maris, sont sujets à la réduction de l'édit.

II. Les donations rémunératoires y sont sujettes, quelque signalés que soient les services, s'ils ne sont pas appréciables en argent; mais, s'ils peuvent être appréciés, si le donateur avait pu avoir action en justice pour en demander le paiement, le don ne serait réductible que pour ce qui excéderait la valeur des services.

Lebrun dit qu'il faudrait traiter favorablement la donation faite par un vieillard à sa seconde femme, pour avoir passé la moitié de sa vie à le soigner dans ses infirmités et ses maladies; cependant il décide que le retranchement aurait lieu même dans ce cas.

III. Si la veuve avait fait donation avant les secondes Noces, sans qu'il en fût fait mention, l'on présumerait toujours que les secondes Noces en ont été le motif; mais si le laps de temps, et d'autres circonstances résistaient à la présomption, s'il y avait eu, pendant l'intervalle, un mariage intermédiaire, la réduction n'aurait pas lieu, et les secondes Noces postérieures ne pourraient faire révoquer le droit du donataire.

IV. Les donations onéreuses sont également sujettes à la reduction, si les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent; par exemple, lorsque la veuve a chargé le second mari de prendre son nom.

Mais, si les charges peuvent être estimées, la donation n'est plus alors réductible que pour ce qui excède le prix de ces charges.

V. On a douté si la donation mutuelle, lorsqu'elle est egale, est sujette au retranchement.

On a dit que c'est un contrat intéressé de part et d'autre, et dont la femme reçoit l'equivalent; que, si les enfans du premier lit y courent quelque risque, ils en sont indemnisés par l'espérance de profiter des biens du second mari, dans le cas où il prédécéderait.

Non-seulement les expressions de l'édit n'admettent point ces considérations, non-seulement elles s'étendent à toute espèce de donation : *ne pourront, en quelque façon que ce soit, donner*; mais l'esprit de cette loi a voulu prevenir jusqu'à l'incertitude de la perte à laquelle les enfans du premier lit pourraient être exposés. Le principe est constant. Ricard rapporte un arrêt célèbre du 23 mai 1586, prononcé en robes rouges par le président Brisson, qui a juge, en conséquence, que les donations mutuelles, quelque égales qu'on puisse les supposer, ne sont pas moins sujettes à la réductiun de l'édit, que les donations simples. Depuis cet arrêt, la jurisprudence du parlement de Paris n'a pas varie.

Mais Fraiu fait mention d'un arrêt du parlement de Bretagne, du mois de février 1631, qui a jugé le contraire.

VI. Le président Boyer croit que la donation de l'usufruit de tous les biens, faite au second époux, est valable; mais elle est également sujette à réduction : il n'y a de difficulté que sur la maniere dont l'évaluation doit en être faite. Il paraitrait naturel de considérer l'age de celui à qui l'usufruit est donné, pour en fixer la valeur : par exemple, cette valeur est moins considerable lorsque le donataire est âgé de soixante ans, que s'il n'en avait que trente à quarante. Cependant Bechet, Brodeau et l'auteur des nouvelles remarques sur la Peyrere, pensent, d'apres les arrêts du parlement de Paris, qu'il faut évaluer indistinctement cet usufruit à un tiers de la propriété.

VII. Nous avons dit que les coutumes accordent à la seconde femme un douaire sur les biens qui ne sont point affectés à celui des enfans du premier lit. Ce douaire, les secondes femmes le tiennent de la loi, et non de leur mari; il ne peut être, des-lors, sujet à la reduction de l'édit. C'est ce qui est bien établi dans la jurisprudence : le premier arrêt qui l'ait décidé, est du 18 juillet 1615; il a été rendu *consultis classibus*.

Cependant Ricard prétend que, si la femme est de qualité et de condition inférieure à son mari, on doit estimer à quoi peut se monter un douaire convenable à la condition et aux facultés de cette femme, et que son douaire coutumier doit être, pour l'excédant, réputé un avantage sujet à la réduction de l'édit. Le mari, ajoute ce jurisconsulte, qui pouvait, avec justice, par le traité de mariage, restreindre le douaire coutumier à cette estimation, est censé avoir fait à sa seconde femme un avantage de ce que le douaire coutumier excède, parceque, pouvant le restreindre, il ne l'a pas fait.

Pothier s'élève avec justice contre cette erreur d'un grand homme, si judicieux d'ailleurs. Les coutumes, en effet, ne règlent le douaire ni sur l'état de la femme avant son mariage, ni sur les biens qu'elle a apportés à son mari.

Mais ce principe n'a lieu que pour le douaire coutumier. Quant au douaire préfix ou conventionnel, il est réductible pour ce qui excède le coutumier.

Une question bien plus importante, est de

savoir si le douaire coutumier, et même le douaire conventionnel, lorsqu'il n'est pas plus considérable, doivent être imputés sur la part d'enfant; ou si la seconde femme peut exercer dans leur intégrité les droits de l'enfant moins prenant, indépendamment de son droit.

On cite, contre l'imputation, un arrêt du 18 juillet 1615 et un autre du 10 juillet 1656.

On invoque, pour l'imputation, un arrêt du 30 mai 1620. Il paraît que c'est aussi la décision de celui de 1656, que l'on prétend mal à propos avoir jugé le contraire. En voici le prononcé: « Notredite cour..... a ordonné » que ladite Godet, *pour le douaire et préci-* » *put à elle accordés par le contrat* dudit » Poitevin et d'elle, du 18 février 1640, *pren-* » *dra telle part et portion* ès-biens dudit Poi- » tevin, qu'il en pourra appartenir à celui » des enfans qui en aura le moins; et aura » lieu ledit douaire préfix jusqu'à la valeur du » coutumier seulement, suivant l'art. 253 de » la coutume de Paris ».

Cet arrêt est au moins obscur, puisqu'après avoir ordonné que, pour le douaire et le préciput, la femme prendra la portion d'un enfant, il réduit ensuite le douaire préfix au coutumier.

Cette seconde réduction n'était-elle pas entièrement consommée, s'il était déjà décidé que le douaire s'imputait sur la part d'enfant?

Quoi qu'il en soit, Lebrun ne fait aucun doute sur la nécessité de l'imputation.

VIII. La dot est également sujette au retranchement.

On eu là-dessus quelques doutes, d'après un arrêt de la grand'chambre du parlement de Bordeaux, du 11 février 1579, rendu sur partage des deux chambres des enquêtes, qui a jugé que la femme qui a des enfans, peut, par son contrat de mariage, outre la dot constituée que le second mari gagnait par sa survie, donner une troisième partie de ses biens, quoique la coutume de Bordeaux porte que la femme qui a des enfans ne peut bailler le tiers de ses biens à un étranger.

Toutefois, selon le commentateur de cette coutume et la glose, le pacte du gain de la dot ne peut renverser la disposition de la loi *hâc edictali*. Il faut, dès-lors, supposer que, dans l'espèce de cet arrêt, le mari n'était pas plus avantagé qu'un des enfans. C'est pour cela que, par un autre arrêt, la même cour a réduit au tiers, eu égard au nombre des enfans, tous les avantages faits à son second mari, par une dame Destignol.

Dupin cite un autre arrêt de ce parlement, du 3 avril 1558, par lequel le gain de la dot a été déclaré réductible et sujet à la peine des secondes Noces, en faveur des enfans du premier lit.

La même chose a été jugée au parlement de Toulouse, par un arrêt du 20 mars 1694, rapporté par Catelan, au sujet d'une constitution de 10,000 livres, faite par une femme à son second mari; et la réduction en a été ordonnée à 2,500 livres, eu égard à la légitime qui devait appartenir à un des enfans.

Si la dot avait été estimée au-dessus de sa valeur au temps du décès, et que l'on eût donné à la seconde femme le droit de répéter l'estimation, l'excédant de la valeur tomberait dans le retranchement.

Il faudrait décider la même chose, au préjudice des héritiers de la femme, contre le second mari, si la dot avait été estimée au-dessous de sa valeur: le surplus devrait être compris dans la part d'enfans.

IX. Par la même raison, la réduction a lieu pour l'augment; car, dit Maynard, quoique l'augment soit moins un gain qu'un droit onéreux et casuel, puisque, si la femme prédécède, le mari gagne la dot, qui est le double de l'augment, toutefois, par des arrêts de 1575 et 1578, il a été décidé qu'il était sujet au retranchement de la loi *hâc edictali*. D'Olive, La Rocheflavin et Cambolas citent d'autres arrêts conformes, des 12 septembre 1598, 3 juin 1613 et 6 juillet 1632.

X. Les bagues et joyaux doivent être aussi cumulés avec les autres avantages, et imputés sur la part d'enfans. C'est la décision de Ricard et de l'auteur des observations sur Henrys.

XI. L'agencement est un gain de survie. Par exemple, on convient que, si la femme survit, elle gagnera 3,000 livres, et réciproquement si l'homme est survivant. Cet avantage doit aussi entrer dans le retranchement, lorsqu'il est donné au second époux. Ainsi jugé au parlement de Bordeaux, le 12 mai 1646, et par deux autres arrêts, suivant l'auteur des apostilles sur La Peyrère.

Les libéralités faites au second époux, sont si peu favorables, dit Bechet, que « si le don » lui était fait pour ses alimens, il n'en serait pas » moins sujet au retranchement. Il n'y a point » de loi pour excepter les alimens; et les en- » fans du premier mariage n'ont point, à cet » égard, d'obligation naturelle envers un se- » cond époux ».

Il faut avouer, d'après ce qui vient d'être dit sur les donations onéreuses, que cette dé-

cision, adoptée par de graves jurisconsultes, est bien rigoureuse. Si une seconde femme, après avoir, pendant les plus belles années de sa vie, soulagé et servi un vieillard valétudinaire, se trouvait elle-même dans un état d'infirmité et de misère, des enfans du premier lit qui auraient d'autres ressources de fortune ou d'industrie, ne devraient point être reçus à lui contester de simples alimens.

XII. La renonciation d'un époux à un droit acquis, qui passe immédiatement au second époux, est elle un avantage sujet à la réduction? Par exemple, lorsque le mari est héritier immédiat ou institué, et que la seconde femme est héritière médiate ou substituée, si le mari renonce et que la femme accepte, doit-on imputer la succession ou la substitution sur la part de l'enfant?

La Peyrère, pour décider cette question, assimile le droit des enfans du premier lit à celui du créancier; il dit que l'héritier, étant saisi par la loi, ne peut renoncer aux successions qui lui sont échues, ni refuser de répéter sa légitime au préjudice de ses créanciers; mais que l'on peut se relâcher des quartes falcidie et trébellianique. Il ajoute que les enfans du premier lit sont, à l'égard de leur père, de véritables créanciers, puisqu'ils peuvent exiger le retranchement de tous les dons et avantages faits au second époux.

Ce parallèle de La Peyrère est trop modéré. La loi traite plus favorablement les enfans du premier lit que les créanciers, pour empêcher qu'ils ne soient lesés par des avantages faits à leur préjudice au second époux. Elle ne s'arrête point à de vaines subtilités : c'est l'événement de l'avantage qu'elle considère. Si le mari avait fait donner à sa seconde femme par son père ou par son aïeul, le don serait imputé sur la part d'enfant; à plus forte raison, rien ne doit empêcher l'imputation, soit des successions ou substitutions que la seconde femme a recueillies en vertu de la renonciation, soit des quartes que le mari a négligé de prélever en remettant les legs et fidéicommis, surtout lorsqu'on ne peut attribuer l'abstention du mari et la répudiation qu'il a faite de ses droits, à d'autre cause qu'au désir d'avantager sa seconde épouse.

XIII. Le préciput, quoiqu'il soit une convention ordinaire des contrats de mariage, est aussi sujet au retranchement pour la moitié, lorsque la femme ou ses héritiers acceptent la communauté, et pour le tout, s'il leur est donné en renonçant : il n'y a plus de préciput lorsqu'il est stipulé en faveur du mari, et que la femme ou ses héritiers renoncent à la communauté.

XIV. La stipulation de la communauté de biens, lorsque les apports sont égaux, n'est pas un avantage; elle en est un, lorsque les apports sont inégaux de la part du second mari ou de la seconde femme. L'avantage est de la moitié de ce que l'autre époux a apporté de plus. Ainsi, le partage égal de la communauté ne peut se faire qu'après avoir défalqué les apports de part et d'autre.

La stipulation pure et simple de communaute serait aussi comprise dans le retranchement, si elle avait été anticipée. Par exemple, dit Brodeau, lorsque, dans une coutume comme celles d'Anjou et du Maine, dans lesquelles la communauté n'a lieu qu'après la demeure d'an et jour, le mari en passant à de secondes Noces, la stipule du jour de la bénédiction nuptiale; s'il vient à décéder avant l'an et jour, cette communauté tombe dans un avantage indirect, et devient un titre lucratif, un pur don sujet à réduction, puisque, sans la convention, la seconde femme n'eût pu rien prétendre dans la communauté ni dans les choses qui y sont entrées et qui eussent appartenu pour le tout aux enfans du premier lit.

En vertu du même principe, lorsque, dans les coutumes qui ne donnent à la femme qu'un tiers dans la communauté ou dans les meubles, comme l'art. 377 de celle de Normandie, le mari consent que sa seconde femme ait une part égale dans la communauté, ce qui excéderait la portion réglée par la coutume, serait un avantage sujet à réduction. Lebrun est cependant d'un avis contraire; mais il faut convenir que la seconde femme n'aurait pu avoir ce que la coutume ne lui accorde pas, sans la libéralité du second mari, à moins de circonstances particulières : par exemple, si, étant à la tête d'une grande fortune, d'un établissement lucratif, elle épousait un mari qui n'aurait pas des branches de revenu et des gains aussi considérables. De pareilles circonstances peuvent faire déroger au principe général. [[*V.* l'article *Affrérement.*]]

Ce serait un avantage sujet à la réduction, si la part de la seconde femme dans la communauté avait été fixée à une certaine somme qui excédât la moitié ou le tiers qu'elle aurait eu sans une pareille clause; le retranchement aurait lieu sur l'excédant; ce qui doit s'entendre dans le cas où la somme fixée excède en même temps les apports de la femme dans la communauté : il ne peut y avoir d'avantage lorsqu'elle ne retire que sa mise.

[[*V.* ci-après, §. 7, art. 2, n°. 3.]]

XV. La communauté légale qui s'opère en vertu de la coutume et sans contrat de mariage, peut aussi devenir un objet de réduction. Si le mobilier de la veuve est plus considérable que celui du second époux, l'inégalité fait au profit de celui-ci un avantage, comme l'inégalité des apports dans la communauté stipulée. Cet avantage est également sujet au retranchement; car, quoique le second mari ne semble le tenir que de la loi qui a déterminé la communauté et les biens qui la composent, cependant, comme il dépend des époux d'adopter ou non les dispositions de la coutume à cet égard, et qu'ils ne peuvent l'adopter sans une convention tacite, c'est de cette convention, de ce consentement tacite de la femme, et non de la loi, que le second époux est censé tenir immédiatement ces avantages. La veuve, en ne se réservant pas ses propres, comme elle le pouvait, et en laissant tomber à dessein, dans la communauté, ce qu'elle avait de plus en mobilier que son second mari, est censée lui avoir fait en cela le même avantage que celui qui est fait dans le cas d'une communauté conventionnelle, lorsque la femme y apporte plus que lui; et il est également sujet à la réduction de l'edit. C'est dans ce sens qu'il faut entendre l'arrêt du 29 janvier 1658, qui a jugé, dit Denisart, « que la communauté établie par la » coutume entre conjoints par mariage, se » trouvant excessive de la part de celui des » conjoints qui s'est remarié, est un avantage » indirect au profit de l'autre, sujet à réduc- » tion en faveur des enfans du premier lit; et » qu'après la réduction faite, le surplus de la » communauté se doit partager entre ces en- » fans et le survivant des conjoints ».

XVI. Mais ne pourrait-on pas compenser l'inégalité des apports de la femme avec ce que peuvent produire à la communauté les talens et la profession lucrative du second mari?

Cet équivalent, quoique vrai dans la théorie, n'est pas généralement reçu dans l'usage, parceque l'estimation de cette industrie du second mari est trop arbitraire et trop difficile, et parceque la femme, par le soin de son ménage, peut enrichir autant la communauté, que peuvent le faire les gains du mari dans l'exercice de son art. Cependant, si les gains annuels étaient immenses, et que la communauté en fût considérablement enrichie, les enfans du premier lit ne pourraient pas se prévaloir de l'excès de l'apport que leur mère aurait fait.

Le second mari n'est censé avantagé que de l'excès des apports en principal. Ainsi, lorsqu'une femme qui a, par exemple, dix mille livres de rente, s'est remariée à un homme qui n'en a pas la dixième partie, et a contracté communauté des biens, en faisant entrer les revenus pendant tout le temps qu'elle durera, Ricard décide qu'en ce cas, quoique le second mari profite des revenus de la femme, néanmoins cette communauté n'est point réputée un avantage qui puisse être réductible suivant l'edit; il cite un arrêt qui a jugé que, même dans les pays de droit écrit, où la communauté n'a pas lieu si elle n'est stipulée, celle qui l'avait été par le contrat de mariage d'une femme avec son second mari, ne pouvait être attaquée comme un avantage fait au second mari; à plus forte raison doit-on le juger dans un pays coutumier, où la communauté est de droit.

Pothier atteste que l'avis de Ricard est suivi dans l'usage.

XVII. Les successions mobilières qui tombent dans la communauté, faute d'avoir été réservées propres à celui auquel elles sont échues, ne sont pas ordinairement un avantage sujet à réduction. Ces successions étaient incertaines lors du mariage; il était incertain si le second mari n'en aurait pas de plus opulentes de son côté. Bretonnier, sur Henrys, rapporte un arrêt du 25 juin 1703, qui, sur un appel du bailliage de Sens, a jugé, en conséquence de ce principe, que les enfans du premier mariage n'étaient pas fondés à réputer pour avantage fait par leur mère à leur beau père, la part qu'il avait eue dans le mobilier d'une succession échue à leur mère pendant le second mariage.

Cela doit avoir lieu, ajoute Pothier, même dans le cas où le second mari n'aurait de sa part aucune succession à espérer, par exemple, s'il était bâtard; attendu que s'il ne peut rien lui venir en ce cas à titre de succession, il peut lui venir quelque chose à titre de donation ou de legs.

Il nous paraît que c'est porter trop loin les conséquences d'un arrêt solitaire. Il n'est point douteux que, si la femme avait à espérer des successions certaines, composées d'un mobilier considérable, par exemple, celles de ses aïeuls, sans que le second mari eût lui-même une pareille perspective, le défaut de réserve deviendrait un avantage évident qui lui aurait été fait au préjudice des enfans du premier lit, et qui, par conséquent, serait sujet à la réduction de l'edit. On a pu se convaincre, par la discussion des différentes questions, que la loi et la jurisprudence considèrent moins la stipulation et l'omission des conventions en elles-mêmes, que le fait, que l'événement de l'avantage fait au second mari. Dès que l'avantage est constant au moment de la dissolution du second mariage, il doit être réduit.

Tous les doutes cessent, lorsque le second mari a réservé propres ses successions à venir. Le défaut d'une reserve reciproque de la part de la femme, contient alors une inégalité affectee, un avantage évidemment réductible.

XVIII. Il y aurait encore réduction, en cas d'inégalité, si, dans le contrat du second mariage, on était convenu que les succesions, de part et d'autre, tomberaient en communanté, tant pour le mobilier que pour l'immobilier. Les époux, en s'écartant, dans une pareille clause, de la loi de la communauté conjugale, qui n'y fait pas tomber les successions immobilières, ne peuvent paraître avoir d'autres vues que celles de s'avantager réciproquement. En vain opposerait-on qu'il y a reciprocité d'espérance; les donations, quoiqu'en espérance, et quoique mutuelles et reciproques, sont sujettes à la réduction de l'édit, lorsqu'elles produisent leur effet : il doit en être de même de l'espérance des successions immobilieres.

XIX. Les arrérages de rentes, les fruits, tant civils que naturels, compris dans la donation, perçus depuis le jour du déces de la donatrice, qui est le jour auquel le droit des enfans a été ouvert, leur doivent appartenir pour la portion des biens qui sont retranchés à leur profit; le mari, qui a perçu ces droits avant le partage ou la licitation, leur en doit faire raison, *deductis impensis*.

XX. La somme promise par le contrat de mariage à une seconde femme pour son deuil, n'est un avantage qu'autant qu'elle excède celle qui lui est due eu égard à l'état et aux facultés de son mari : l'excedant tomberait seul dans le retranchement.

XXI. Pour éviter les inconvéniens et les difficultés des retranchemens, on préfère souvent de faire au second mari, dans le contrat de mariage, la donation d'une part d'enfant, au lieu de certains effets déterminés, ou d'une certaine somme en argent. Le mari n'est pas heritier de cette part, mais seulement donataire; il n'est tenu des dettes de la sucession, qu'au prorata de l'émolument.

Cependant, ces donations tiennent beaucoup des institutions contractuelles, elles deviennent également caduques par le prédécès du donataire ou de la donatrice : c'est ce qui a ete jugé par un arrêt du 13 avril 1688, rapporté au Journal du palais.

En ce cas, le don d'une part d'enfant est bien différent de celui d'un corps certain dont le second mari ne perd pas la propriété par son predécès : mais de même que, dans les donations contractuelles, on suppose une substitution tacite en faveur des enfans du donataire, lorsqu'il prédecède le donateur; de même, dans les donations de part d'enfans, on suppose une substitution en faveur des enfans communs, dans les cas où le second époux viendrait à prédéceder; c'est l'avis de Reusson; mais, pour plus de sûreté, il vaut mieux exprimer la substitution dans le contrat de mariage.

Le second mari, donataire d'une part d'enfant, a droit de la prendre dans tous les biens de la succession de la donatrice, soit meubles, soit immeubles, soit acquêts, conquêts ou propres, sans autre exception que le retranchement des avantages faits par le premier mari, et des biens, qui, dans les coutumes plus rigoureuses que l'édit, tombent encore dans la prohibition des secondes Noces; comme sont les conquêts du premier mariage dans les coutumes de Calais, de Paris et d'Orléans.

La part d'enfant, soit en vertu de contrat de mariage, soit en conséquence des retranchemens ordonnés par l'edit et par le droit, doit être faite en telle sorte, que le second époux ne puisse avoir au-delà de ce qui échoit à l'un des enfans de l'époux qui a convolé. La réduction est faite à la portion de celui qui prend le moins. *Sin autem* (dit la loi *hâc edictali*), *non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum, novercæ vel vitrico testamento relinquere vel donare seu dotis vel antè nuptias donationis titulo conferre, quàm filius vel filia habet, cui minor portio ultimâ voluntate derelicta vel data fuerit aut donata.*

Lorsque les enfans de la donatrice sont prédécedés, quoique la donation de tous ses biens au profit du second mari, eût été valable, cependant, si elle lui a donné une part d'enfant, le donataire ne peut prétendre la totalité des biens de la donatrice, sa part ne doit être que de la moitié de tous les biens indistinctement, quels qu'ils soient. C'est l'avis de Ricard, fondé sur ce que l'expression *part*, quand elle est indéfinie, se prend, dans le langage ordinaire, pour la moitié, suivant la loi 164, D. *de verborum significatione*.

Cette opinion, contraire à celle de Lebrun, a prevalu, lors de l'arrêt du parlement de Paris, du 21 juin 1763, cité par Denisart. Voici dans quelles circonstances :

Marguerite Leroi, qui avait un fils de son premier mariage avec Pierre Delamare, avait épousé en secondes Noces le sieur Bourgoing, huissier-priseur, et lui avait fait une donation de part d'enfant. La dame Bourgoing etant

morte après son fils du premier lit, le sieur Bourgoing soutint que la totalité de la succession lui appartenait, parcequ'il ne devait, disait-il, reconnaître d'autres concurrens que les enfans, et que sa part devait augmenter ou diminuer, à proportion de ce que le nombre des enfans se multiplie ou s'affaiblit. Cependant, par sentence du châtelet, du 22 avril 1762, confirmée par l'arrêt rendu en la grand'chambre, au rapport de M. Lamblin, le partage par moitié entre le mari, les héritiers et les légataires universels, a été ordonné.

Lorsque la donatrice n'a laissé qu'un fils unique, et qu'il y a des biens féodaux, le fils doit y prendre son droit d'aînesse, tel qu'il l'aurait eu, s'il eût partagé la succession avec un autre enfant. La donation de part d'enfant est la donation de ce qu'aurait eu un second enfant, si la donatrice en eût laissé ; mais dans les coutumes, par exemple, où la portion avantageuse de l'aîné est des deux tiers, un autre enfant n'aurait eu que le tiers des biens meubles, après qu'on aurait prélevé le manoir et le vol du chapon.

Cependant, si, dans ces coutumes, la donatrice a laissé deux enfans, un aîné et un puîné, la part du mari dans les biens nobles, après le prélèvement du manoir et du vol du chapon en faveur de l'aîné, doit être du quart, parceque, dit Pothier, 1°. c'est la part qu'aurait eue un autre enfant, s'il y en eût eu un de plus ; 2°. en assignant au second mari cette portion, la loi qui règle la part du second mari à celle de l'enfant le moins prenant dans la succession, et la loi qui attribue à l'aîné les deux tiers, outre le manoir et le vol du chapon, se trouvent à la fois exécutées. La succession de la mère n'est plus composée que de ce qui reste dans ses biens, après la distraction de ce qui a été donné au mari. C'est le surplus que l'aîné doit partager avec le puîné. L'aîné ne peut, à la vérité, souffrir des donations qui sont faites de sa part à des puînés ; mais il doit contribuer à celles qui sont faites à des étrangers.

Il faut suivre la même règle, lorsque la mère a laissé plusieurs puînés, et faire contribuer l'aîné à la fixation de la part d'enfant, dans la même proportion, suivant le nombre des enfans et les forces de la portion avantageuse que la coutume donne à l'aîné.

Si la mère avait réduit un de ses enfans à une moindre portion que celle qu'a fixée la loi, la part du mari, qui ne peut pas l'excéder, diminuerait d'autant. Ainsi, lorsqu'un des enfans aura été réduit à sa légitime, la part du mari ne pourra être plus forte que cette légitime.

Mais, dans le cas où les enfans donataires seraient obligés au rapport, le mari, après avoir pris la portion d'un enfant dans les biens libres, pourrait-il encore la prendre dans ceux qui sont rapportés ?

On dit pour la négative, que le rapport n'étant établi qu'en faveur des co-héritiers, le second mari, qui est un donataire étranger, n'y peut rien prétendre. Cependant, l'arrêt du 2 avril 1683, rapporté au Journal des audiences, a jugé le contraire, parceque la donation faite au second mari, étant irrévocable, il ne doit pas être au pouvoir de la femme d'y donner atteinte ; et il faut donner au mari la part qu'il aurait eue, si les donations n'eussent pas été faites.

Si les donations aux enfans étaient antérieures aux secondes Noces, les droits du second mari n'y donneraient au contraire, aucune atteinte.

[[*V.* ci-après, §. 7, art. 3, n°. 10]].

Lorsque la mère a réduit la part de l'un des enfans au-dessous de la légitime, s'il veut s'en tenir au don ou legs, sans prétendre de supplément, la donation du second mari ne doit pas être réduite à la valeur de ce don, mais doit se porter jusqu'à concurrence de la légitime que cet enfant aurait droit de prendre. Quand l'édit réduit les avantages faits au second époux, à la part de l'enfant le moins prenant, c'est à la part que cet enfant a droit d'avoir et non à celle dont il veut bien se contenter : tel est, selon Ricard, le sens des expressions de l'édit : *les donations seront mesurées à raison de celui des enfans qui en aura le moins.* Telle est la jurisprudence du parlement de Paris ; c'est aussi celle du parlement de Toulouse, suivant les arrêts recueillis par Maynard. Le dernier est du 16 janvier 1588.

[[D'Olive, liv. 3, chap. 13, en rapporte un semblable du 4 juin 1639]].

La jurisprudence du parlement de Bordeaux est contraire. Cette cour a toujours jugé, dit Becbet, que le retranchement des dons faits au second époux, se doit faire à la moindre portion, quoiqu'elle n'égale pas la légitime due à l'enfant. On cite differens arrêts, et entre autres, un du 12 mai 1646, qui a jugé la réduction de tous les avantages, au *cui minus de facto*.

Cependant, si le legs de l'enfant était de peu de valeur, il serait regardé comme illusoire ; et ce parlement a jugé, en 1609, qu'un simple legs de cinq sous ne pouvait servir pour faire réduire les avantages portés par le contrat de mariage du second mari ; il a ordonné que, malgré ce legs fait à l'un des en

fans, la donation à cause de Noces sortirait son plein et entier effet.

Si l'on en croit Expilly, le parlement de Grenoble s'était conformé à la jurisprudence de celui de Bordeaux, dans deux arrêts des 22 mai 1570 et 17 juillet 1572; mais cette cour a depuis adopté le principe de celle de Paris et de Toulouse : ç'a été à l'occasion d'un legs de 3 livres, fait a un enfant. Ce legs dérisoire, dit Basset, fit faire de justes réflexions à la cour, afin de ne pas suivre le caprice d'un testateur. L'arrêt qui intervint le 14 mars 1618, réduisit à la légitime de droit seulement, les avantages faits à la seconde femme. Le principe général a été depuis confirmé par deux arrêts du 2 avril 1642 et 14 mars 1649.

[[*V.* ci-après, §. 7, art. 3, n°. 4.]]

Si une fille a renoncé, au moyen d'une dot inférieure, à la légitime, la donation du second mari ne doit pas être réduite à cette dot, quoiqu'elle fasse tout l'héritage de l'un des enfans. L'édit ne peut s'entendre de la part d'une fille qui s'est exclue de la succession : elle n'y a plus de part, au moyen de l'espèce de transport qu'elle a fait à ses frères de ses droits; il faut s'en tenir à ces décisions de Ricard et Pothier, sans aucun égard aux subtilités et aux distinctions de quelques auteurs, notamment de Dupin, entre les filles qui ont été dotées avant ou après le mariage.

Lebrun, qui est d'avis de réduire indistinctement les avantages du second mari à la dot de la fille qui a renoncé, en conclud qu'en Normandie, où, suivant l'art. 249 de la coutume, « les filles ne peuvent demander ni prétendre aucune portion en l'héritage de leurs » pères et mères contre leurs frères ni contre » leurs hoirs, mais seulement mariage avenant », le second époux doit également être réduit au mariage avenant de celle des filles la moins avantagée.

Cette opinion est encore opposée aux vrais principes et à la décision de Ricard, puisque la fille qui a reçu un mariage avenant, n'est point héritière.

La dot d'une fille religieuse ne peut servir à faire la réduction, même dans le ressort du parlement de Bordeaux, quoique les retranchemens y aient lieu sur le pied du *cui minùs de facto*. Cette dot n'est en effet qu'un don de simples alimens dont la propriété appartient au monastère et non à la fille : ce sont les motifs d'un arrêt de ce parlement, du 15 avril 1671, qui est rapporté par La Peyrère.

Par la même raison, le legs d'alimens fait à l'enfant exhérédé, ne peut servir de base de comparaison pour fixer le retranchement ou la part d'enfant du second mari; des alimens ne font pas une part dans la succession dont l'exhérédé est exclu.

Lorsque l'époux qui a convolé, n'a laissé que des petits-enfans, comment doit se faire la réduction ? On distingue s'il y a des petits-enfans d'une seule ou plusieurs souches.

Lorsqu'il y a des petits-enfans de différentes souches, la donation faite au second mari, ne doit pas être réduite à la part que l'un des petits-enfans a dans la subdivision du lot échu à sa souche, mais sur la part de la souche qui a le moindre lot. La succession étant partagée par souches, c'est chacune des souches, et non chacun des petits-enfans, qui prend une part dans la succession.

Au contraire, lorsque la femme n'a laissé que des petits-enfans d'une même souche, la succession se partageant, non par souches, mais par personnes, la donation du second mari est réductible à la portion que prétendra celui des petits-enfans qui aura la moindre part. C'est ce qui a été jugé au parlement de Paris, par un arrêt de 1651, rapporté par Brodeau.

Cependant Ricard prétend, sur le fondement d'un arrêt du parlement de Toulouse, que la part d'enfant devrait se mesurer à ce que les petits-enfans ont tous ensemble, parcequ'ils n'y viennent qu'au lieu de leur père, fils de la défunte : mais Pothier observe qu'il est faux que les petits-enfans viennent en ce cas au lieu de leur père, puisque la fiction de la représentation cesse; mais qu'ils y viennent de leur chef.

[[*V.* ci-après, §. 6, art. 3, n°. 6]].

XXII. Lorsque l'époux qui a convolé, a donné à la seconde femme ou au second mari, non pas une part d'enfant, mais un corps certain ou une somme fixe, sujets à la réduction, c'est une très-grande question que celle de savoir si le second mari ou la seconde femme doivent être admis à partager l'excédant de la part d'enfant moins prenant, qui a été retranché sur leur propre donation, et à y prendre la même part que celle qu'y prendra l'un des enfans.

Accurse, sur la loi *hâc edictali*, et Renusson décident pour l'affirmative, par la raison que l'intention du législateur, en défendant aux femmes de donner à leur mari plus qu'à l'enfant moins prenant, est que le mari ne puisse avoir moins, et que cependant le mari aurait moins, s'il n'était pas admis à partager le retranchement.

Ricard pense, au contraire, que le second mari ne doit pas être admis à ce partage. Il se fonde sur ces termes de la loi *hâc edictali*,

§. 6: *Id quod relictum vel donatum vel datum fuerit, tanquàm non derelictum vel donatum vel datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eos dividi jubemus.* Les empereurs n'appellent point le second mari au partage de cette portion, qui doit être défalquee de sa donation. Ricard se fonde encore sur ces expressions plus précises de la Novelle 25, chap. 25 : *quod plus est in eo quod relictum vel datum est aut novercæ ac vitrico, ac si neque scriptum neque relictum aut datum, competit filiis, et inter eos solos dividitur, ut oportet.*

Ces textes du droit, approuvés dans le préambule de l'édit de 1560, doivent servir d'interprétation au premier chef de cette loi, qui en a été tirée.

En vain oppose-t-on qu'elle défend seulement de donner au second mari plus qu'à l'un des enfans. Il en résulte, à la vérité, que la donation ne sera sujette à aucune réduction, toutes les fois qu'elle n'excédera pas la part d'enfant; mais il n'en résulte pas que, lorsque la femme aura contrevenu à l'édit, en faisant au second mari une donation plus forte qu'il ne lui était permis, ce qu'elle lui a donné de plus ne doive être, par forme de peine de sa contravention, retranché de la donation et appliqué à ses enfans seuls, conformément à la disposition de la novelle.

On peut même dire, ajoute Pothier, qu'en ce cas, l'enfant le moins prenant n'a de sa mère rien de plus que le second mari; car ce qu'il a dans les biens retranchés de la donation, il ne le tient pas de sa mere, qui, au contraire, a voulu l'en dépouiller, pour le second mari.

Si la mère a tout donné au second époux, et n'a rien laissé à ses enfans, le président Boyer, Catelan et Dupin décident que l'on doit faire la reduction de tous les avantages du second époux, à une portion légitimaire de l'un des enfans; c'est même faire une grâce au second époux, puisqu'il ne doit avoir que la part de l'un des enfans, et que cette part a été réduite à rien.

XXIII. Enfin, pour fixer la part d'enfant et le retranchement des avantages faits au second mari, il faut liquider la succession de la mère, faire une estimation de tous les biens meubles et immeubles dont elle est composée.

Cette estimation doit se faire avec le second mari, qui a un intérêt à ce que les biens ne soient pas estimés au-dessous de leur valeur, ce qui diminuerait la donation; et si l'estimation eût été faite sans lui, il aurait droit d'en demander une nouvelle.

On doit aussi estimer les biens dont est composée la donation faite au second mari, qu'on prétend sujette à réduction, pour juger si la donation excède le montant de la part de l'enfant qui a le moins dans la succession.

Ces estimations se font sur la valeur des choses au temps de l'ouverture de la succession, pourvu qu'elle n'aient point été détériorées par la faute du second mari donataire : *Tempus illud considerandum est quo binubus moritur; non ab initio donatione aut scripturâ respiciendâ, sed qui vocatur eventus considerandus est*, porte le chap. 28 de la novelle 22. Le droit que l'édit donne aux enfans, est la réparation du préjudice que la donation faite au second mari, leur cause dans la succession de leur mère; ce préjudice consiste en ce que les heritages compris dans la donation, ne se trouvent pas dans cette succession : la valeur de ce préjudice est par conséquent celle des héritages au temps de l'ouverture de cette succession, et non celle qu'ils avaient au temps de la donation.

Si c'était par la faute du donataire, ajoute Pothier, que les héritages ont été dégradés, ils ne devraient pas être estimés eu égard seulement à l'etat où ils se trouvent lors de l'ouverture de la succession de la donatrice, mais eu egard à ce qu'ils auraient valu, si la donation n'eût pas été faite; car on doit présumer qu'alors la donatrice eût conservé en bon etat son heritage.

Réciproquement, lorsque cet héritage se trouve amélioré, il faut estimer sa valeur au temps de l'ouverture de la succession : mais, lorsque l'augmentation vient des impenses utiles faites par le donataire, l'heritage ne doit être estimé que ce qu'il vaudrait si les impenses n'eussent pas été faites, et qu'il eût été laissé au même etat qu'il était lors de la donation. En effet, la donation ne fait de préjudice aux enfans, que de cette valeur; lorsque ce sont des impenses nécessaires qui ont été faites par le mari sur l'héritage, il faut les prélever avant l'estimation. Si le second mari n'eût pas fait ces dépenses, la donatrice y eût été obligée; et la somme qu'elle y eût employée, aurait diminué d'autant sa succession.

Les dépenses d'entretien ne peuvent être déduites; elles sont une charge des fruits que la donatrice perçoit.

Ces observations doivent avoir lieu, quand même le mari aurait aliéné l'héritage donné; car, quel qu'ait été le prix de la vente, la donation fait préjudice aux enfans dans la succession de leur mère, de la valeur qu'aurait l'héritage au moment de l'ouverture de la succession, s'il s'y fût trouvé.

Cependant, si la vente avait été forcée, par exemple, pour la construction d'un ouvrage public, ou par les suites d'une clause permise, la valeur de l'héritage ne pourrait être portée au-delà du prix que le mari en aurait reçu.

Il en est des rentes comme des héritages; l'estimation doit en être faite d'après les mêmes principes.

Comme c'est au temps de la mort de la donatrice que le droit des enfans est ouvert pour demander la réduction, c'est à ce temps qu'il faut avoir égard pour juger si elle doit avoir lieu, et pour fixer l'estimation de l'héritage. Pothier décide que les diminutions qui seraient arrivées depuis jusqu'au partage, tomberaient uniquement à la charge du mari, et ne doivent pas empêcher les enfans de demander la réduction, ainsi qu'ils l'auraient fait lors de la mort.

C'est aussi sur le nombre des enfans qui existent au temps du décès qu'il faut régler les droits du second époux; c'est à cet instant seulement que l'on peut connaître quels seront les droits des enfans dans la succession de leur mère : jusque là, leur nombre peut diminuer par la mort de quelques-uns d'entre eux; il peut aussi augmenter par la naissance de ceux du second lit.

La jurisprudence du parlement de Paris est constante sur ce point.

Non-seulement il faut considérer les enfans qui restent du premier lit, mais il faut encore compter tous ceux, tant du premier que du second mariage; c'est ce qui est aussi décidé par Ricard : il dit que, si l'un des enfans du second lit se trouve le moins avantagé, sa part doit servir de modèle pour régler la donation.

Selon Dupin, cette décision n'est infaillible que dans les pays de coutume où les enfans des deux lits prennent part au retranchement indistinctement; mais il n'en est pas de même en pays de droit écrit, où les parlemens n'accordent le bienfait de l'edit qu'aux enfans du premier lit. Ce texte de la loi *hâc edictali*, *cui minor portio ultimâ voluntate derelicta*, se rapporte, ajoute Dupin, aux enfans dont la loi parle au commencement : *si ex priore matrimonio procreatis liberis, plus quàm ad unumquemque pervenerit.* D'ailleurs, la disposition de la loi *quoniam*, au Code, *de secundis Nuptiis*, est précise : *iis ampliora quæ uni filio vel filiæ ex anteriore matrimonio progenitis danda vel relinquenda sunt revocata.*

Aussi Cujas n'en fait-il aucun doute sur la loi *hâc edictali.*

[[*V.* le §. suivant, n°. 1.]]

Tels sont les principes d'après lesquels on doit réduire les avantages accordés au second époux; passons à un autre objet.

ART. III. *Quels sont les enfans en faveur desquels la prohibition est faite; et quels sont les droits, quelles sont les actions que la loi leur donne?*

I. Tandis que la loi *hâc edictali* paraissait n'accorder de droit dans le retranchement qu'aux enfans du premier lit, la loi *quoniam* ordonnait que les enfans du second lit seraient admis au partage des biens retranchés. Pour faire cesser la contrariété de ces deux lois, le chap. 27 de la novelle 22 a ordonné que les seuls enfans du premier mariage partageraient l'excès des donations et libéralités faites par le convolant au second conjoint.

Mais, malgré une disposition aussi claire, appuyée de l'autorité de Cujas, la question a été diversement jugée au parlement de Paris, pour les provinces de droit écrit de son ressort.

D'abord, Brodeau rapporte un arrêt du 4 juillet 1606, confirmatif d'une sentence arbitrale rendue en la ville de Lyon, par laquelle le retranchement avait été adjugé à la fille du premier lit, ou à sa représentation (à l'exclusion des enfans du second lit), ensemble la légitime, conformément au testament.

Depuis, il est intervenu dans cette cour trois arrêts contraires, les 2 mars 1610, 7 septembre 1645 et 7 mars 1648, qui ont attribué le profit de retranchement aux enfans des deux lits également. Ces arrêts ont été rendus entre des personnes domiciliées en pays de droit écrit.

Henrys, qui fait mention des deux derniers, dit qu'il les rapporte sans les approuver, ni se départir de la règle établie par les lois romaines. Bretonnier est du sentiment de Henrys.

Mais la question a été décidée solennellement le 14 juillet 1660.

Le procès avait été porté à la seconde chambre des enquêtes, qui ordonna d'abord que l'avis serait demandé aux chambres : et les avis ayant été presqu'uniformes pour adjuger aux enfans du premier lit seulement le bénéfice du retranchement, l'arrêt confirma la sentence du prévôt de Mâcon, par laquelle tous les avantages faits au second mari, avaient été réduits à une portion pareille à celle qui arriverait pour la légitime à l'enfant du premier lit, auquel on avait en outre adjugé tout ce que le second époux pouvait avoir amendé de la succession.

Cette décision n'a pu être déterminée par la considération de l'excès des avantages faits

aux enfans communs : le second mari avait été, en effet, institué seul héritier, à la charge de donner à chacun des enfans, tant du premier que du second lit, une somme de 1500 francs.

Quant aux autres parlemens de droit écrit, on ne voit pas d'exemple, dit Dupin, que le principe établi par cet arrêt, y ait fait de difficulté. Il y a une foule d'arrêts par lesquels le retranchement a toujours été ordonné en faveur des enfans du premier lit, mais sans que ceux du second lit se soient présentés pour demander d'être admis au partage.

Au contraire, dans les pays de coutume, on suit la disposition de la loi *quoniam*. Cette jurisprudence constante est fondée sur le principe d'équité, que les biens retranchés de la donation faite au second mari, étant ceux de la mère commune, et tous les enfans, de quelque mariage qu'ils soient nés, étant autant à leur mère les uns que les autres, ils doivent y avoir un droit égal.

[[*V.* ci-après, §. 7, art. 3, n°. 2.]]

Le droit de demander le retranchement est dès-lors ouvert, en pays de coutume, aux enfans du second lit, dès qu'il en survit quelqu'un du premier lit, quand même ceux-ci en feraient remise, parcequ'ils ne peuvent remettre que la part qui leur appartient dans ce retranchement, et non celles qui appartiennent aux enfans du second lit.

Cependant si, lors du décès de la mère, tous les enfans du premier lit étaient prédécédés, les enfans du second mariage ne seraient pas seuls capables de donner lieu à ce retranchement : il est nécessaire, pour y être admis, qu'ils concourent avec les enfans du premier lit, qui font le principal motif de l'édit.

Pour que les enfans, soit du premier, soit des autres mariages, puissent demander la réduction, il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers de leur mère ; car leur mère ayant mis hors de ses biens la donation, tout ce qui y est compris, ne fait plus partie de sa succession ; ce n'est pas des lois des successions, mais de celles des secondes Noces, que les enfans tiennent ce retranchement. Ainsi, soit qu'ils renoncent tous, ou seulement quelques-uns d'entr'eux, tous sont admis à partager le retranchement : les jurisconsultes, les arrêts des différens parlemens, s'accordent sur ce principe, et donnent aux enfans qui ont renoncé, comme à ceux qui n'ont pas renoncé, l'action révocatoire de l'excédant de la donation.

[[*V.* ci-après, §. 7, art. 3, n°. 7.]]

Mais, quoique les enfans n'aient besoin que de leur qualité d'enfans, pour demander le retranchement, ceux qui sont exhérédés, n'y sont pas admis : ils s'en sont rendus indignes par les causes qui, en leur méritant l'exhérédation, les ont exclus de tous les titres en vertu desquels les lois les appelaient aux biens de leurs pères et de leurs mères. Non-seulement ils n'y ont aucun droit, mais comme ils ne sont pas comptés pour faire nombre afin de former la légitime, ils ne doivent pas l'être pour déterminer la part de chacun des enfans sur le pied de laquelle le retranchement doit être fixé. *Justè exheredatus habetur pro mortuo*, dit Boyer; Ricard, Barry, Béchet, Dupin, sont de ce sentiment.

Il en est de même des enfans morts civilement, comme les religieuses ou religieux profès, et ceux qui ont été flétris par des condamnations emportant la mort civile : les uns ni les autres ne peuvent être admis à demander le retranchement, ni à le partager ; ils ne peuvent faire nombre pour le déterminer.

Quant aux filles, qui, par leur contrat de mariage, ont renoncé à la succession, en faveur de leurs frères, et à celles qui, dans certaines coutumes, sont, par leur mariage, exclues des successions de leurs pères et de leurs mères qui les ont dotées, Ricard décide qu'elles ne doivent pas être admises au partage du retranchement. Quoiqu'il ne soit pas nécessaire pour cela, de venir à la succession, il faut au moins être capable d'y venir ; l'objet de l'édit est de réparer le préjudice que fait la donation aux enfans ; mais ceux qui ont renoncé à la succession, ne souffrent aucun préjudice, puisque si la donation cessait, ils ne pourraient rien prétendre aux biens qu'elle comprend ; c'est ainsi qu'ils ne peuvent, par exemple, rien demander dans le douaire des enfans.

Si cependant la fille du premier lit n'avait renoncé qu'à la succession de son père, elle pourrait prendre part à la réduction des libéralités faites par la mère au second époux, et réciproquement dans celles qu'on a faites à la seconde femme, si elle n'a pas renoncé à la succession de son père qui a convolé. Comme les renonciations par contrat de mariage, et les exclusions des coutumes, ne sont ordinairement prononcées qu'en faveur des frères, les filles peuvent toujours, à leur défaut, demander le retranchement, malgré leur renonciation.

Mais, quoiqu'elles ne doivent pas profiter du retranchement, elles n'en doivent pas moins être comptées pour faire nombre : on opposerait en vain la maxime *repudians pro mortuo habetur* ; c'est un décès feint en faveur des frères seulement ; le second époux ne peut profiter de la fiction.

Les enfans légitimés par mariage subséquent, doivent être comptés et admis au partage; le mariage de leur père a effacé toutes les taches et détruit tous les obstacles de l'illégitimité : mais ceux qui ne sont légitimés que par rescrit du prince, n'étant pas véritablement légitimes, et ne succédant pas comme tels, ne peuvent en exercer les droits.

Dans la Saintonge, où l'adoption est reçue, Béchet demande si la personne adoptée doit être comptée au nombre des enfans, pour faire réduire les donations excessives que le convolant a faites au second conjoint; il distingue ceux qui sont adoptés ou affiliés par subrogation, et ceux qui sont simplement adoptés. Les premiers étant subrogés au nombre des enfans légitimes dont ils remplissent la place, ils doivent en exercer les droits; on peut dire qu'ils ne le font pas de leur chef, mais comme représentant les véritables enfans, par une espèce d'échange; il n'en est pas de même de ceux qui, n'étant pas subrogés, n'ont pas de pareils motifs en leur faveur.

Nous avons déjà examiné comment les enfans peuvent remettre à leur père ou à leur mère qui ont convolé, la perte de la propriété des libéralités provenant du premier mariage; nous avons dit que cette remise ne peut avoir lieu en pays coutumier.

Il en est de même à l'égard du retranchement; l'enfant du premier lit, quoique majeur, qui, du vivant de sa mère, aurait approuvé la donation faite au second mari, et se serait obligé de ne jamais y porter atteinte, pourrait cependant demander le retranchement après la mort de sa mère; l'approbation serait presumée avoir été extorquée par sa mère, en fraude de l'édit; elle tomberait, en tout cas, avec le secours de lettres de restitution; mais si l'approbation n'a été donnée qu'après la mort de la mère, elle est valable; il est permis à chacun de renoncer à son droit ouvert.

En général, pour qu'il y ait lieu à la réduction, il faut que celui qui a convolé à de secondes Noces, ait eu des enfans des mariages précédens; il faut que l'un de ces enfans survive; l loi n'ayant été faite qu'en faveur de ces enfans, la prohibition cesse s'il ne s'en trouve aucun au temps où la loi devait avoir son effet.

Cependant on a douté si, lorsque la femme qui a convolé meurt sans enfans, après avoir donné à son second mari, dans le contrat de mariage, une part d'enfant, les collatéraux qui viennent à la succession conjointement avec le mari, peuvent demander la réduction des autres avantages que la veuve lui aurait faits indirectement; par exemple, la réduction de l'inégalité des apports dans la seconde communauté.

La question s'est présentée, lors de la liquidation de la succession de la dame Bourgoing, en vertu de l'arrêt du 22 avril 1762, dont nous avons rendu compte ci-dessus, art. 2, n°. 21.

Le sieur Bourgoing, par son contrat de mariage, avait porté sa mise en communauté à 10,000 livres; celle de sa femme, qui était veuve du sieur Delamarre, avait été fixée à 30,000 livres, à prendre sur les effets mobiliers. Les héritiers collatéraux de la dame Bourgoing demandèrent, dans la liquidation, le retranchement de 20,000 livres. Ils soutinrent qu'ils n'étaient pas moins dans le vœu de la loi que les enfans; que la prohibition d'avantages au-delà d'une part d'enfant, était absolue. Le sieur Bourgoing soutint, au contraire, que les collatéraux n'étaient point recevables, attendu que l'édit des secondes Noces n'avait été fait qu'en faveur des enfans, de manière que la loi disparaissait avec les enfans.

La question fut trouvée sujette à des difficultés, et un arrêt du 17 mai 1766 a confirmé purement et simplement la sentence du chatelet qui avait appointé, et dont les héritiers avaient interjeté appel. On ne voit pas si la question a été agitée depuis.

[[Il paraît au surplus qu'elle aurait dû être jugée contre les collatéraux.]]

II. L'action des enfans pour demander le retranchement, est fondée sur ce que le retranchement est la charge indispensable avec laquelle leur mère a transféré la propriété à son second mari, qui ne l'a reçue lui-même qu'à condition de remettre, au moment du décès de sa femme, tout ce qui se trouverait excéder la part de l'enfant moins prenant.

C'est la loi qui forme cette obligation; elle donne aux enfans, pour se faire remettre cet excédent, une action que l'on peut appeler *condictio ex lege*.

Cette action est personnelle et réelle; elle peut être intentée contre les tiers-détenteurs des biens-immeubles compris dans la donation, dans le cas où le second mari les aurait aliénés, soit pour le total, soit pour partie; car le second mari n'ayant acquis la propriété de ces biens qu'à charge du retranchement, ils y sont affectés; le mari n'a pu les transférer, et des étrangers n'ont pu les acquérir, qu'avec cette charge, qu'avec la condition d'être tenus de l'action des enfans.

On pourrait aussi dire que cette action est rescisoire, puisque la donation, lorsqu'elle se trouve excéder la part de l'enfant moins pre-

nant à la mort de la donatrice, est rescindée par l'autorité de la loi, jusqu' à concurrence de cet excédent.

Au surplus, on ne doit pas s'attachee, parmi nous, aux subtilités du droit romain sur la nature et les caractères des actions; il faut s'en tenir aux vues de l'édit: dès qu'il y a lieu au retranchement, et que le droit en est ouvert, on peut regarder les enfans comme devenus déjà propriétaires, dans les biens donnés, de la portion que la loi veut être retranchée à leur profit; on peut leur accorder en conséquence l'action *utilis in rem* pour la revendiquer: il n'importe qu'ils aient une action personnelle-reelle, une *conndictio ex lege*, une action *utilis in rem*; dans notre pratique française, on fait peu d'attention aux noms que les Romains donnaient aux actions.

[[*V.* ci-après, §. 7, art. 3, n°. 10.]]

Cependant, lorsque le mari n'a aliéné qu'une partie des biens compris dans la donation, et qu'il en a conservé suffisamment pour remplir les enfans de la portion entière qui doit être retranchée, il est équitable, pour éviter les circuits des demandes en garantie, que les enfans exercent leurs droits sur les biens restés au second mari, et qu'ils ne puissent inquieter les tiers-détenteurs.

Lorsque ces tiers-détenteurs peuvent être présumés avoir acquis sans connaissance de la charge, comme ils sont alors possesseurs de bonne foi, ils ne sont tenus de la restitution des fruits que depuis la demande formée contre eux, sauf aux enfans à se pourvoir, pour ceux qu'on a perçus avant la demande et depuis le decès de leur mère, contre le second mari qui est obligé personnellement.

Mais lorsque ce sont des sommes d'argent, des marchandises, ou d'autres meubles qui ont été donnés au second mari, et que ces sommes ou le prix de ces effets se trouvent, lors du décès de la donatrice, excéder la valeur de la part de l'enfant le moins prenant, le droit des enfans pour la restitution de cet excédent, n'est qu'une simple créance d'une somme d'argent contre le second mari, avec hypothèque sur ses biens du jour de la donation; les enfans n'ont aucune action contre les tiers-détenteurs de ces effets mobiliers; ils ont seulement un privilége sur ceux qui sont restés en nature au second mari, pour la créance de la somme d'argent qu'il leur doit.

L'action des enfans, soit contre le second mari, soit contre les tiers-détenteurs, n'est ouverte que par la mort de celui des époux qui a convolé et fait la donation.

C'est sur ce fondement, dit Denisart, qu'il a été jugé au parlement de Bretagne, par arrêt du 2 avril 1738, qu'une veuve, qui avait des enfans d'un premier lit, s'étant remariée, et ayant fait une donation de 12,000 livres tant à son mari qu'aux enfans à naître de leur mariage, devait, après la mort du second mari, payer les 12,000 livres à la fille du second lit; nonobstant la résistance de la mère et l'opposition des enfans du premier lit, sauf à ceux-ci à demander la réduction après le decès de leur mère.

III. Quoique les enfans ne tiennent les biens retranchés que du bénéfice de la loi, et non de la succession de leur mère, cependant ils doivent les partager dans l'ordre des successions; c'est pour cela que les petits-enfans qui ont renoncé à la succession de leur mere, ou ne se sont portés ses héritiers que par bénéfice d'inventaire, ne sont point tenus des dettes de leur mère, pour raison de ce qu'ils reçoivent dans le retranchement, à moins que les créanciers ne soient antérieurs à la donation; ils sont, en ce cas, tenus, de leurs créances hypothécairement, et non personnellement.

Mais ils ne sont pas tenus de celles qu'a constituées le second mari, qui, n'ayant jamais eu de propriété absolue sur les biens sujets au retranchement, n'a pu les hypothéquer à leur préjudice.

Enfin, il faut observer qu'en conséquence de ce que les enfans ne prennent pas dans la succession de leur mere, les biens retranchés des donations faites au second mari, ils ne sont pas tenus de les imputer, selon Ricard, sur leur légitime, quoique l'aîné doive y prendre son droit d'aînesse.

[[*V.* ci-après, §. 7, art. 3, n°. 8.

ART. IV. *La prohibition dont il s'agit, a-t-elle été abrogée par la loi du 17 nivose an 2?*

Cette question sera traitée ci-après, §. 6.]]

§. V. *Comment, dans quelques coutumes, les peines des secondes Noces sont-elles étendues aux conquêts de la première communauté?*

I. Les coutumes qui ont des dispositions à cet égard, sont celles de Paris, d'Orléans et de Calais.

Il est d'abord bien important de connaître les textes de ces lois.

L'art. 279 de la coutume de Paris, [[sur lequel est calqué l'art. 71 de celle de Calais, porte: « Femme convolant à de secondes Noces....., quant aux conquêts faits avec ses » précédens maris, n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions dont les » enfans desdits premiers mariages pourraient » amender de leur mère; et neanmoins succèdent les enfans de subséquens mariages » auxdits conquêts avec les enfans des mariages

» précédens également venant à la succession de » leur mère; comme aussi les enfans des précé- » dens lits succedent, pour leurs parts et por- » tions, aux conquêts faits pendant et constant » les subséquens mariages : toutefois si ledit » mariage est dissolu, ou que les enfans du » premier mariage décédent, elle en peut dis- » poser comme de sa chose propre ».

Cette coutume ne defend point expressément de donner au second mari une portion des conquêts de la première communauté, dont les enfans du premier mariage ne pourraient amender; mais l'art. 293 de la coutume d'Orleans, redigée trois ans après celle de Paris par les mêmes commissaires, ne laisse aucun doute; il porte : « Et quant aux con- » quêts faits avec ses precédens maris, elle » n'en peut aucunement avantager son second » ou autres maris; toutefois peut disposer » d'iceux à autres personnes, sans que telles » dispositions puissent prejudicier aux por- » tions dont les enfans desdits premiers ma- » riages pourraient amender de leur mere ».

Quoique ces lois, peu susceptibles d'extension, ne parlent point de l'homme; quoique le même motif de prohibition ne paraisse point avoir lieu contre lui, le droit de communauté étant une espèce de benéfice que la femme reçoit du mari, et non le mari de la femme, puisque les conquêts sont presque toujours les fruits des travaux de l'homme, et non de la femme, cependant la disposition de ces coutumes a eté étendue aux hommes. On a pensé que la première partie de l'article ne faisant aucune distinction entre le mari et la femme, il n'en fallait faire aucune dans l'application de la seconde, qui, bien qu'exorbitante, n'en était pas moins favorable : que d'ailleurs les droits du mari et de la femme étant égaux dans le partage de la communauté et sur les biens qui en proviennent, leurs devoirs, leurs engagemens envers leurs enfans, étaient nécessairement réciproques. En conséquence, par un arrêt du 4 mars 1697, rendu sur les conclusion de M. d'Aguesseau, le parlement de Paris a jugé qu'un homme n'avait pu rien donner à une seconde femme, des conquêts de sa premiere communauté. La même chose avait été jugée par un arrêt précédent appelé *l'arrêt des Poitevins*. Il est donc constant que l'homme qui se remarie, ne peut rien donner de ses conquêts à sa seconde femme; mais il n'est pas également certain que l'autre partie de cette disposition de l'art. 279, qui défend à la femme qui s'est remariée de disposer des conquêts de sa première communauté envers quelque personne que ce soit, doive pareillement s'étendre à l'homme.

Cet article n'étant pas compris dans l'edit des secondes Noces, le droit qu'il établit est local et particulier aux coutumes de Paris, d'Orléans et de Calais; il ne doit pas être suivi dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées à cet égard. C'est ce qui a eté jugé par un arrêt du 2 avril 1683, rapporté au Journal des audiences.

Cette disposition est un statut réel, dont l'autorité ne s'etend que sur les biens situes dans le territoire de ces coutumes, et non sur ceux qui sont situés ailleurs : ainsi, lorsqu'une femme domiciliée dans une province qui n'a point de loi semblable à celle de Paris, se remarie, et qu'elle a des conquêts de ses précédens mariages, situés dans le territoire de cette coutume, ces conquêts tombent dans la prohibition de cette loi; et quoique la personne de cette femme n'y soit point soumise, elle n'en pourra rien donner à son nouveau mari, ni en disposer envers quelque personne que ce soit.

Réciproquement, si une veuve domiciliée à Paris, et qui s'y est remariée, a des conquêts dans une province qui n'a pas une loi semblable, elle pourra les donner à son mari jusqu'à concurrence d'une portion d'enfant, et en disposer librement envers d'autres personnes.

Quant aux rentes constituées, aux meubles et aux créances mobilieres qui se regissent par la loi de la personne, une parisienne ne peut en donner à son second epoux aucune portion, lorsqu'ils proviennent de son premier mariage; elle ne le pourrait pas, quand même son second époux serait domicilié dans une autre province qui n'aurait pas une loi semblable à celle de Paris. Quoique cette femme, dès l'instant du convol, doive prendre le domicile de cet homme et perdre le sien, il suffit qu'au moment de son contrat de mariage elle n'ait point encore perdu son domicile.

Par la même raison, quand une femme, soumise à une coutume qui n'a pas la même disposition que celle de Paris, epouse en secondes Noces un parisien, la disposition qu'elle fait en sa faveur par son contrat de mariage, de quelques effets mobiliers, jusqu'à concurrence d'une part d'enfant, est valable. Il est vrai que les conventions matrimoniales sont conditionnelles, *si Nuptiæ sequantur*; et que par consequent elles ne sont confirmées que par l'evenement du mariage qui détermine le changement du domicile : mais l'existence des conditions apposées à des actes entre-vifs, ayant un effet retroactif au temps de l'acte, la donation est censee avoir eu toute

sa perfection au temps où elle a été contractée.

La coutume n'établit pas une substitution légale des conquêts au profit des enfans des précédens mariages, semblable à celle que le second chef de l'édit établit pour les biens dont la veuve a été avantagée par ses précédens maris; au contraire, elle appelle expressément les enfans des mariages postérieurs, au partage de ces conquêts; en cela, la coutume diffère du second chef de l'édit.

Elle diffère du premier chef, en ce qu'au lieu que la femme peut disposer de ses propres biens en faveur de son second mari, jusqu'à concurrence d'une part d'enfant, elle ne peut rien lui donner de ses conquêts, au préjudice des enfans des précédens mariages; elle n'en peut également disposer à leur préjudice au profit de quelque personne que ce soit, à laquelle elle pourrait donner les propres jusqu'à concurrence de la légitime.

I. Pour ne rien laisser à désirer sur les questions que font naître les dispositions de la coutume, nous dirons 1°. quels sont les biens compris dans la prohibition; 2°. quels en sont les effets.

1°. Les meubles sont compris dans la prohibition sous l'expression *conquêts;* la coutume, comme l'observait M. d'Aguesseau dans son quarante et unième plaidoyer, ayant compris dans la première disposition, sous le terme d'*acquêts*, tant les meubles que les immeubles, on doit, dans la seconde disposition, donner la même étendue au mot *conquêts:* s'il ne signifiait que les immeubles acquis pendant la communauté, la coutume, dans un grand nombre d'articles, n'ajouterait pas le mot *immeubles* à celui de *conquêts;* la coutume, d'ailleurs, n'est qu'une extension de l'édit, qui ne fait aucune distinction dans ses différentes dispositions entre les meubles et les immeubles: enfin, en adoptant l'opinion contraire, la loi serait très-facile à éluder. Un homme voyant sa première femme infirme, pourrait, dans la vue d'en avantager une seconde, convertir en meubles les immeubles de sa communauté: le législateur n'aurait rempli qu'une partie de son objet, car il n'aurait pas prévu un cas très-commun et très-important, celui où toute une communauté ne consiste qu'en effets mobiliers, telle que sont celles de plusieurs negocians et gens d'affaires. De l'autre côté, nul inconvénient qu'une femme qui n'a d'autres biens que ceux de la communauté de son premier mari, ne puisse rien donner au second; bien loin que ce soit un inconvénient, c'*est*, dit M. d'Aguesseau, *un bien public....... c'est le but des législateurs.*

En conséquence, sur les conclusions de ce magistrat, un arrêt du 4 mars 1697, a jugé que la prohibition comprenait la part de la femme dans tous les biens de la première communauté avec son défunt mari, soit meubles, soit immeubles, et par conséquent, que les meubles étaient compris dans la disposition de l'art. 279 de la coutume: cet arrêt a, suivant tous les auteurs, fixe la jurisprudence.

[[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Conquêts*, §. 1.]]

Les apports mobiliers de la femme dans la première communauté sont-ils aussi compris sous les termes, *conquêts faits avec ses précédens maris?*

Ces expressions ne paraissent comprendre que les choses acquises pendant le premier mariage; la lettre de la loi est précise à cet egard; des apports ne sont pas des conquêts. Le motif de la loi parait également décisif: le motif en vertu duquel elle oblige la femme à conserver plus particulièrement aux enfans du premier lit des biens qui sont censés avoir été acquis par les sueurs de leur père, ne peut s'appliquer aux apports.

Aussi dans un acte de notoriété du 1er. mars 1608, le châtelet a attesté que, pour régler la part d'enfant d'un second mari, l'usage était de faire, sur les biens que la femme a eus pour sa part, distraction de ce qu'elle a apporté par son contrat de mariage, en biens meubles et biens immeubles, dans lesquels biens on accorde part d'enfant au second mari, comme dans les biens propres de la veuve; et on ne la lui dénie que dans ce qui restait à cette femme des biens de la première communauté, après distraction faite.

Cependant, suivant les annotateurs de Duplessis, par l'arrêt de Garenger, rendu à la grand'chambre en 1698, il a été décidé que les deniers dotaux qu'une femme qui s'était remariée, avait apportés en communauté avec son premier mari, étaient compris dans la disposition de l'art. 279, et qu'elle n'en avait rien pu donner à son second mari. Lacombe prétend que cette maxime a été confirmée par un arrêt de la quatrième des enquêtes du 1er. septembre 1744.

Peut-être que, si les arrêtistes avaient connu les circonstances de ces arrêts, ils n'en auraient point voulu faire résulter des préjugés aussi contraires aux vrais principes.

Au moins ne pourrait-on étendre ces préjugés aux immeubles qui ont été apportés dans la communauté, et même mobilisés

lors du premier mariage. C'est la décision d'un arrêt de la grand'chambre du parlement de Paris, du 24 juillet 1741. L'arrêt a jugé, dit Denisart, que le survivant remarié, qui avait ameubli le quart d'une maison, lors du premier mariage, avait pu disposer d'une part d'enfant dans ce quart de maison située dans la coutume d'Orléans, nonobstant l'ameublissement.

Les biens acquis pendant la continuation de communauté qui a suivi le premier mariage, faute d'inventaire, sont-ils compris dans la probibition?

Les expressions de l'art. 259, *et quant aux conquêts faits avec leurs précédens maris*, résistent à cette extension de l'art. 279 de la coutume. Ce qu'une femme n'a acquis que depuis son veuvage, ne l'a pas été avec ses précédens maris : cependant Lacombe cite un arrêt du 26 août 1722, rendu à la quatrième des enquêtes, par lequel il prétend avoir été jugé que les meubles et acquêts acquis durant la continuation de la communauté, étaient sujets aux dispositions de l'art. 279, comme les conquêts de la communauté.

Nous pensons, comme Pothier, que cet arrêt a sans doute été déterminé par des circonstances particulières, peut-être afin d'éviter une discussion difficile et dispendieuse, dans laquelle les parties auraient pu être jetées par la nécessité de constater la distinction des biens dont était composée la communauté au temps de la mort du premier mari. La cour aura regardé les biens acquis durant la continuation de la communauté, comme n'étant que le remplacement ou l'emploi des deniers qui composaient la communauté, au moment de la mort du mari. On peut, selon les circonstances, se conformer à ce préjugé, ou s'en écarter, sans qu'il soit possible de faire une règle générale.

Si, lors du premier mariage, le droit de la femme dans la communauté a été fixé à une certaine somme, cette somme lui tenant lieu des acquêts, est comprise, en cas de convol, dans la prohibition de l'art. 279 de la coutume concernant les conquêts.

2°. Cette prohibition de la coutume a deux effets : l'un, contre le second mari ou la seconde femme, qui ne peuvent recevoir aucun avantage dans les conquêts de la première communauté ; le second, contre les tiers, en faveur desquels le second époux ne peut disposer, à certains égards, de ces conquêts.

D'abord, relativement au second époux, il n'est pas permis de lui faire aucun avantage sur les conquêts de la première communauté : la disposition de la coutume d'Orléans est précise ; et comme elle a été rédigée trois années après celle de Paris, sous l'autorité des mêmes commissaires, on a pensé que l'expression de la première de ces lois devait suppléer le silence de l'autre, et lui servir d'explication et d'interprétation : c'est celle qui a été suivie constamment au châtelet de Paris, comme l'atteste Bourjon.

Mais, s'il y avait des enfans tant du premier que du second mariage, la disposition de quelques effets, conquêts de la première communauté, en faveur du second mari, serait elle nulle pour la part des enfans du second, comme pour celle des enfans du premier mariage?

Ces expressions de la coutume, *au préjudice des portions des enfans du premier mariage*, semblent restreindre la nullité à la portion que ces enfans y auraient eue, si la disposition n'eût pas existé.

Cependant Bourjon atteste encore que c'est un usage ancien et constant au châtelet de Paris, de regarder comme entièrement nulle la donation qu'une femme a faite des conquêts meubles ou immeubles de son premier mariage, à son second mari ; et d'admettre tous les enfans, tant du second que du premier mariage, après la mort de leur mère, à faire prononcer la nullité de la donation, et à s'en faire rendre les effets.

Mais s'il ne se trouvait, lors de la mort de l'époux qui a convolé, aucun enfant du premier mariage, la probibition n'ayant été faite qu'en leur faveur, la donation doit subsister.

Les enfans des deux lits ont contre leur père et beau-père, pour se faire délaisser les conquêts, les mêmes actions, que pour obtenir le retranchement de l'excédent de la part d'enfant, excepté que la donation des autres biens de la femme n'est nulle que pour l'excédent, et que celle des conquêts l'est pour le tout.

De même qu'ils peuvent être admis au retranchement sans être héritiers, ils peuvent revendiquer ses conquêts, et les partager avec les autres enfans, sans avoir cette qualité : l'aîné y peut également prendre son droit d'aînesse, comme sur les biens retranchés.

Mais, quoique les avantages faits aux enfans communs, ne tombent point dans la part d'enfant du second époux, et ne soient point, dès-lors, sujets au retranchement, il n'en est pas de même des conquêts de la première communauté. Lacombe dit que, par un arrêt du 1er. septembre 1744, il a été jugé qu'une veuve qui se remarie, ne peut disposer de sa portion dans ces conquêts, en faveur des enfans

du second lit, au préjudice de ceux du premier.

Quant aux tiers, aux étrangers, la coutume ne laisse point à la femme qui a convolé, la liberté de disposer en leur faveur des conquêts de ses précédens mariages, au préjudice des portions qu'y doivent avoir les enfans qui en sont provenus. Cette défense d'aliéner est très-différente de la substitution légale dont le second chef de l'édit frappe les biens que la femme qui a convolé, a reçus de la libéralité de ses précédens maris. Les conquêts appartenant à la femme de son chef, on ne peut pas supposer que son premier mari l'eût grevée, relativement à ces biens, d'une substitution en faveur des enfans du premier mariage, puisqu'elle ne les tient pas de lui; aussi la coutume n'établit-elle, à l'égard de ces biens, qu'une simple interdiction d'aliéner.

Cette interdiction n'étant encourue, en vertu de la coutume, que lors du convol, les dispositions des conquêts que la femme a faites auparavant, subsistent.

L'interdiction ne changeant rien à l'ordre légal des successions, lorsque l'époux qui a convolé, est décédé sans avoir aliéné les conquêts, ils passent dans sa succession comme les autres biens; mais, dans ce cas, les enfans, soit du premier lit, soit des mariages postérieurs, ne peuvent recueillir les conquêts, qu'en acceptant la succession dans laquelle ils se trouvent.

L'interdiction faite contre les tiers, n'est point aussi étendue que la prohibition de donner au second mari. Tandis que la prohibition profite aux enfans des différens lits, l'interdiction est toujours restreinte aux portions des conquêts qui seraient échues aux enfans des premiers mariages, si leur mere n'en eût pas disposé : cette distinction est bien marquée dans la coutume d'Orléans, qui, dans ce cas, sert d'interprete et comme de supplément à celle de Paris.

Ainsi, lorsqu'une femme qui a convolé, a laissé deux enfans du premier lit, et trois du second, les dispositions qu'elle aurait faites des conquêts du premier mariage en faveur d'étrangers, ne seraient nulles que pour les deux cinquièmes, et subsisteraient pour les trois autres.

On pensait autrefois que l'interdiction ne comprenait pas seulement les donations, mais encore toutes les aliénations, et même les simples hypotheques; et qu'en conséquence, les enfans des premiers mariages pouvaient faire délaisser aux tiers-acquéreurs les portions à eux afférentes, pourvu qu'ils ne fussent pas héritiers de leur mère, et en cette qualité, tenus de la garantie : mais, si l'on en croit Denisart, on a depuis changé de principe, et la défense ne s'étend plus aux aliénations ni aux hypotheques.

« C'est ce qui a été jugé (dit-il) par deux arrêts : le premier, du 7 septembre 1730, a été rendu en faveur de François Ferrand, poursuivant la saisie-réelle des conquêts d'une premiere communauté, qui lui avaient été hypothéqués par Jacques Sourdeval. Malgré les réclamations des enfans du premier lit de Sourdeval, la cour a jugé que la réserve des conquêts, établie par l'art. 279 de la coutume, n'est qu'une institution légale, qui n'empêche pas le conjoint remarié de disposer des effets réservés, pourvu que ce ne soit pas à titre gratuit.

» Lors du second arrêt, rendu le 20 juillet 1731, il s'agissait des conquêts d'une première communauté, hypothéqués par une femme remariée : cette femme avait acquis avec son premier mari, une maison qu'elle avait hypothéquée sous l'autorité d'un second mari; en conséquence de cette hypothèque, les créanciers ayant fait saisir réellement sa maison, les enfans du premier lit réclamèrent la disposition de l'art. 279 de la coutume, et demandèrent main-levée. L'arrêt les débouta ».

Ce sont les expressions de Denisart : mais il serait essentiel de savoir si ces deux arrêts ont effectivement débouté les enfans des premiers lits, ou s'ils les ont seulement declarés non-recevables, *quant-à présent*, c'est-à-dire, du vivant de leur pere et de leur mère qui s'étaient remariés : c'est, en effet, un principe convenu que la disposition que les peres et les mères ont faite de leurs conquêts, contrairement à l'art. 279, ne donne pas ouverture au droit des enfans; ce droit n'est ouvert que par le décès de leurs parens, dont l'interdiction est limitée aux portions que les enfans du premier lit pourraient amender : ce n'est que par la mort des parens, que l'on peut savoir si les enfans amenderont une portion, et quelle sera cette portion.

Nous avons dit que les enfans n'ont pas besoin d'être héritiers de leur mère, pour revendiquer les conquêts du premier mariage qu'elle a donnés au second époux : ils n'ont pas également besoin de cette qualité, lorsqu'ils réclament contre les donations faites de ces biens à des étrangers.

Cependant Bourjon décide, au contraire, qu'ils doivent être héritiers. L'art. 279 n'établit point, dit-il, de substitution, comme le second chef de l'édit des secondes Noces, mais

une simple réserve coutumière, semblable à celle que font plusieurs coutumes, d'une certaine portion des propres en faveur des héritiers de la ligne; et il faut être héritier pour recueillir ces propres malgré la réserve.

Mais l'art. 279 contient plus qu'une réserve, puisqu'il renferme l'interdiction de disposer au préjudice des enfans du premier lit : cette interdiction est faite en faveur des enfans, sans condition, sans distinction s'ils sont heritiers ou non. On convient que le premier chef de l'edit, en défendant à la veuve remariée de donner au second mari au-delà d'une portion d'enfant, contient une réserve légale de l'excédant au profit des enfans; on convient qu'ils prennent cette réserve comme enfans, et sans qu'ils soient heritiers. Il en est de même de la défense contenue dans l'art. 279 de la coutume, qui n'est qu'une extension de l'édit, et qui a été faite dans les mêmes vues.

Lorsque les enfans des premiers mariages attaquent les donations ou les autres dispositions des conquêts faites en faveur d'un etranger, pour les portions qui devaient leur revenir, ils ont seuls droit à ces portions, sans qu'ils soient tenus d'en faire aucune part à ceux du second lit; quand même ils viendraient avec eux à la succession, ils ne sont pas pour cela censés avantagés dans la succession même, puisqu'ils ne tiennent plus ces portions des conquêts que de la loi, et non de leur mère, qui en avait disposé.

L'interdiction de celui qui convole, cesse aux termes de la coutume, « si le second mariage est dissous, ou que les enfans du précedent mariage décèdent ». La raison de cette décision est que l'interdiction n'était établie qu'en faveur des enfans du premier mariage, dans la crainte que le second mari ne portât sa femme à disposer à leur préjudice.

Dans l'un et dans l'autre cas seulement, l'interdiction cesse pour l'avenir; et les aliénations que la femme avait faites auparavant, ne sont pas sujettes à la révocation. (M. Henri.)*

[[§. VI. *Dérogations apportées par la loi du 17 nivôse an 2, aux coutumes et aux lois antérieures, concernant les avantages faits au second époux par celui qui se remarie.*

I. La loi du 17 nivôse an 2, en accordant aux époux la faculté la plus indéfinie des avantager, lorsqu'ils n'avaient point d'enfans, la limitait, dans le cas contraire, à l'usufruit de la moitié des biens de chacun d'eux. Voici ses termes :

« Art. 13. Les avantages singuliers on réciproques, stipulés entre les époux encore existans, soit par leur contrat de mariage, soit par les actes posterieurs, ou qui se trouveraient établis dans certains lieux par les coutumes, statuts ou usages, auront leur plein et entier effet, nonobstant les dispositions de l'art. 1er., auquel il est fait exception en ce point. Néanmoins, s'il y a des enfans de leur union ou d'un precédent mariage, ces avantages, au cas qu'ils consistent en simple jonissance, ne pourront s'elever au delà de moitié du revenu des biens delaissés par l'époux decedé, et s'ils consistent en des dispositions de propriété, soit mobilière, soit immobilière, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en seront l'objet, sans qu'ils puissent exceder la moitié du revenu de la totalité des biens.

» 14. Les avantages légalement stipulés entre époux, dont l'un est decedé avant le 14 juillet 1789, seront maintenus au profit du survivant. A l'égard de tous autres avantages échus et recueillis postérieurement, ou qui pourront avoir lieu à l'avenir, soit qu'ils résultent des dispositions matrimoniales, soit qu'ils proviennent d'institutions, dons entre-vifs, ou legs faits par un mari à sa femme, ou par une femme à son mari, ils obtiendront également leur effet, sauf néanmoins leur conversion ou reduction en usufruit de moitié, dans le cas où il y aurait des enfans, conformément à l'art. 13 ci-dessus ».

On voit que, par ces dispositions, la loi du 17 nivôse an 2 prononçait la reduction à l'usufruit de la moitié des biens, non seulement en faveur des enfans que l'époux donateur pouvait avoir eus d'un mariage précédent, mais encore en faveur des enfans communs.

II. Par ces dispositions, la loi du 17 nivôse an 2 abrogeait-elle la prohibition que la loi *hâc edictali* et l'edit des secondes Noces faisaient à l'époux ayant des enfans d'un premier mariage, de donner à son second époux plus d'une part d'enfant?

En 1793, le sieur Morean, veuf avec huit enfans, contracte un second mariage avec la demoiselle Damon. Le 27 fructidor an 4, il fait un testament par lequel il institue ses huit enfans légataires universels par égale portion, et lègue à sa seconde femme l'usufruit de tous ses biens, tant meubles qu'immeubles. Il meurt l'année suivante.

Ses enfans attaquent le legs fait à leur belle-mère, et soutiennent qu'aux termes de la loi *hâc edictali* et de l'edit de 1560, il doit être réduit à une part d'enfant.

La veuve répond que ces lois ont été abrogées par les art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an 2; et que, d'après ces textes, la disposition du testateur ne peut être réduite qu'à la moitié de l'usufruit des biens.

Les enfans répliquent que l'art. 13 de la loi du 17 nivôse an 2 n'est relative qu'aux avantages *stipulés* entre les époux existans à l'époque de la publication de cette loi, ou qui leur étaient assurés par les coutumes, statuts ou usages; que, dans l'espèce, il ne s'agit point d'avantages *stipulés*, ni d'avantages légaux déjà existans, à l'époque où a paru la loi; qu'il s'agit d'une disposition testamentaire et postérieure à la publication de la loi même.

« C'est (ajoutent les enfans) ce que l'art. 10 de la loi du 22 ventose au 2 met dans le plus grand jour. Cet article répond à une pétition tendant *à ce que les avantages conférés par les statuts aux époux, soient maintenus, comme ceux qui étaient l'effet de la* STIPULATION; et sa réponse est que *cette identité sort évidemment des termes de l'art. 13 de la loi du 17 nivôse, qui maintient les dispositions même* STATUTAIRES *sous la foi desquelles les époux s'étaient engagés, tandis que l'art. 14 leur permet de plus toute autre* STIPULATION *à l'avenir; latitude politique qui fait assez apercevoir que le système restrictif n'est pas pour les dispositions entre époux, sauf la réductibilité à l'usufruit*, EN CAS QU'IL Y AIT DES ENFANS.

» On voit donc que, si l'art. 13 de la loi du 17 nivôse an 2 autorise le don de l'usufruit de la moitié des biens, de la part de l'époux qui a convolé en secondes Noces, au profit de son conjoint, c'est dans le cas seulement où il s'agit d'une *stipulation*, d'une convention contractuelle, et encore d'une stipulation *antérieure* à la loi du 17 nivôse, parceque cette loi a voulu respecter les traités sous la foi desquels on s'était marié; mais que cet article ne donne aucune faculté de disposer à l'avenir, sur tout par voie testamentaire.

» Mais il résulte aussi de la seconde partie de la réponse contenue dans l'art. 10 de la loi du 22 ventose an 2, que, si l'art. 14 de la loi du 17 nivôse établit la liberté indéfinie de s'avantager, sauf néanmoins la réduction à l'usufruit de la moitié des biens, *dans le cas où il y aurait des enfans*, cela ne peut s'entendre que des enfans nés de l'union actuelle, et non pas de ceux issus d'une union précédente.

» En effet, si cet art. 14 eût voulu permettre de disposer de l'usufruit de la moitié des biens, dans le cas même où il y aurait des enfans du premier mariage, il l'aurait expliqué, comme l'art. 13 qui, en validant les stipulations antérieures à la loi du 17 nivôse, dit: *S'il y a des enfans de leur union*, OU D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE.

» A la vérité, l'art. 14 se réfère à l'art. 13; mais ce n'est que pour la quotité de la réduction, et non pour la qualité des enfans. La loi du 17 nivôse an 2 n'a donc rien innové aux lois anciennes, sur les effets civils des secondes Noces ».

Le 24 germinal an 9, jugement du tribunal civil de Roanne, qui réduit le legs de la veuve à l'usufruit de la moitié des biens, et déboute les enfans du surplus de leur demande.

Les enfans appellent de ce jugement; mais par arrêt du 21 avril 1806,

« Considérant que l'art. 13 de la loi du 17 nivôse au 2 porte: *Les avantages singuliers ou réciproques stipulés entre époux encore existans.... auront leur plein et entier effet...; néanmoins s'il y a des enfans de leur union, ou d'un précédent mariage, ces avantages, au cas qu'ils consistent en simple jouissance, ne pourront s'élever au-delà de moitié des revenus des biens délaissés par l'époux décédé....*; que la réponse à la dixième question insérée dans la loi du 22 ventôse an 2, explique parfaitement l'esprit de la loi du 17 nivôse, en exprimant que l'art. 14 laisse une latitude qui fait assez apercevoir que le système restrictif n'est pas pour les dispositions entre époux, sauf la réductibilité à l'usufruit de la moitié, en cas qu'il y ait des enfans; que les dispositions du droit romain, au titre *de secundis Nuptiis*, et celle de l'édit des secondes Noces, se trouvent tacitement abrogées par les dispositions de l'art. 13 de la loi du 17 nivôse, et qu'elles le sont même formellement par l'art. 61 de ladite loi, qui déclare comme non-avenues toutes les lois, coutumes, etc., relatives à la transmission des biens par succession ou donation;

» La cour (d'appel de Lyon) met l'appellation au néant, et ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet ».

Recours en cassation de la part des enfans. Par arrêt du 8 juin 1808, au rapport de M. Sieyes,

« Attendu que l'arrêt attaqué, bien loin de contrevenir aux art. 13, 14 et 61 de la loi du 17 nivôse an 2, et à la réponse à la dixième question de la loi du 22 ventôse suivant, en a fait une juste application dans le cas de simple remariage dont il s'agit;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

V. ci-après, §. 7, art. 4.

III. Au surplus, l'effet rétroactif des dis-

positions des art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an 2 au 14 juillet 1789, a été abrogé, comme on l'a vu aux mots *Gains nuptiaux*, §. 2, par les lois des 9 fructidor an 3 et 3 vendémiaire an 4.

Le Code civil a fait plus encore : il a abrogé ces dispositions elles-mêmes, et les a remplacées, comme on le verra dans le §. suivant, par une autre qui est calquée sur l'édit de 1560.]]

§. VII. *Dispositions du Code civil sur la même matière* (1).

L'art. 1098 du Code civil porte, comme on l'a déjà dit, §. 1, n°. 4, que « l'homme ou la » femme qui, ayant des enfans d'un autre lit, » contractera un second ou subséquent ma- » riage, ne pourra donner à son nouvel époux » qu'une part de l'enfant légitime le moins » prenant, et sans que, dans aucun cas, ces » donations puissent excéder le quart des » biens ».

Cette disposition, qui ne fait que remettre en vigueur et rendre commune à tout le territoire actuel de la France, celle de la loi *hâc edictali* et de l'édit de François II, de 1560, exige des explications particulières, à raison des différences remarquables qu'il y a entre notre législation et la législation ancienne.

ART. I. *Des personnes qui sont comprises dans la prohibition prononcée par l'art. 1098 du Code civil.*

I. Il faut remarquer que, quoiqu'il soit seulement dit dans l'art. 1098 « l'homme ou la » femme qui, ayant *des enfans* d'un autre lit, » etc. », néanmoins la prohibition serait la même, quand l'époux qui se remarierait, n'aurait point d'enfans, mais bien des petits-enfans dont les pères ou mères seraient prédécédés.

Quelques coutumes, et notamment celle d'Orléans, art. 203, disaient, *ayant enfans*. Et Pothier dit sur ces mots : « L'édit (de 1560) » ajoutait, *enfans de leurs enfans*. La coutume » a retranché ces termes superflus, les petits- » enfans étant suffisamment compris sous le » terme d'*enfans*, suivant la loi 220, D. *de* » *verborum significatione* ».

Il faut entendre de même notre art. 1098.

Ainsi, il y aurait lieu à la prohibition, non-seulement quand l'époux qui se remarie, n'aurait que des petits-enfans, mais même encore quand il n'en naîtrait qu'après le second ou subséquent mariage. Cela serait fondé sur le principe que les enfans seulement conçus sont toujours réputés nés, en ce qui concerne leur intérêt.

II. Le législateur a simplement dit, *ayant des enfans d'un autre lit*, sans s'expliquer si la réduction cessait, dans le cas où les enfans existans lors du second ou du subséquent mariage, auraient prédécédé l'époux donateur et l'époux donataire.

Pour donner une solution sur cette question, il faut remonter à deux principes essentiels sur cette matière.

Le premier est que l'incapacité de recevoir de la part du second mari, au-delà du taux fixé par la loi, n'existe qu'à l'occasion des enfans des précédens mariages, et principalement dans leur intérêt, l'époux donateur étant sans droit poor demander la réduction.

Le second est que, pour fixer la part d'enfant, ainsi que la quantité des biens sur lesquels elle doit être prise, il faut avoir égard seulement au temps du décès de l'époux donateur, et non à l'époque de la disposition. Telle est la doctrine enseignée par Ricard, part. 3, chap. 3; par Lebrun, *des successions*, liv. 2, chap. 6, dist. 5, n°. 1; et par Auroux-Despomiers, sur l'art. 219 de la coutume de Bourbonnais, n°. 106.

Ces principes se retrouvent dans notre législation. Ils résultent de l'art. 920, qui concerne les dispositions en général, et plus particulièrement de l'art. 1090, où il est dit : « Toutes donations faites aux époux par leur » contrat de mariage, seront, lors de l'ouver- » ture de la succession du donateur, réducti- » bles à la portion dont la loi lui permettait » de disposer ».

De tout cela sort la conséquence que, si, à l'époque du décès de l'époux donateur, il n'y avait point d'enfans des mariages précédens, la disposition faite au profit du nouvel époux, ne serait point sujette au retranchement résultant des secondes Noces.

III. Mais il s'élève à ce sujet une question secondaire. Elle consiste à savoir si, n'y ayant pas d'enfans au décès de l'époux donateur, l'époux donataire doit conserver ou non la totalité de la disposition.

Il faut distinguer. Ou la disposition est de la totalité des biens; ou elle est d'un objet particulier et déterminé; ou elle est d'une part d'enfant.

Dans le premier ou dans le second cas, la disposition doit avoir son effet sans restriction.

(1) Ce paragraphe, à l'exception de ce qui s'y trouve entre deux doubles crochets, appartient à M. Grenier, premier président de la cour royale de Riom, ci-devant membre du tribunat, section de législation.

Elle ne serait assujétie à l'égard des enfans communs des deux époux donateur et donataire, qu'aux réserves établies dans ce cas par la loi. L'existence des enfans des précédens mariages, est la seule cause de la réduction. Cette cause cesse par la disparition de ces enfans.

Le troisième cas avait été la matière d'une difficulté sous l'ancienne législation. Il y a deux hypothèses à faire à ce sujet.

1°. L'époux qui se remarie, ayant trois enfans, pourrait avoir donné au nouvel époux une part d'enfant, réglée sur le nombre des enfans existans alors, ce qui serait un quart. Dans ce cas, la donation, même en cas de prédécès de tous les enfans, serait toujours réduite au quart. La donation ne pourrait point accroître par le prédécès, parcequ'elle comprendrait une portion déterminée. C'est cequ'enseigne Ricard, à l'endroit cité, n°. 1280.

2°. Ce même auteur, n°. 1281, suppose qu'une femme ayant quatre enfans de son premier lit, passe à un second mariage, et que, par le contrat, elle donne à son nouveau mari une part égale à l'un de ses enfans, ce qui fait supposer le nombre des enfans à l'époque du décès, et ce qui dépend par conséquent de l'événement; il suppose que ces quatre enfans viennent à décéder avant leur mère. On ne révoquait point en doute, dit l'auteur, que, si la donation eût été faite de sorte qu'elle absorbât tous les biens de la succession, les héritiers collatéraux n'en auraient pu demander le retranchement, attendu que c'est une grâce qui n'est accordée qu'aux enfans. Mais comme on ne pourrait pas dire que l'intention de la donatrice eût été de faire une donation universelle de tous biens à son second mari, paraissant, au contraire, qu'elle n'avait voulu lui en donner qu'une partie, la difficulté était de la déterminer. Ricard enseignait que cette partie devait s'entendre de la moitié, d'après la règle de droit, puisée dans la loi *Titius* 83, *D. de legatis* 1°, qui veut que, quand on a donné une portion de ses biens, sans la désigner particulièrement, cette partie soit la moitié.

Lebrun, *loc. cit.*, dist. 5, n°. 12, suppose que la femme eût donné par le contrat de mariage à son nouvel époux, tous et un chacun ses biens, à l'exception de ce qu'elle est tenue de réserver à ses enfans, et qu'elle décède sans enfans. Il suppose encore le cas où la femme aurait tout donné au second mari sans restriction. L'auteur décide, et avec raison, que, dans ces deux cas, n'y ayant point d'enfans du premier lit au décès de l'époux donateur, la disposition doit avoir lieu pour le tout.

Lebrun vient ensuite à l'hypothèse faite par Ricard, qu'il y eût une donation simplement faite d'une part d'enfant, et devant avoir égard au nombre d'enfans existans au décès de l'époux donateur, et en supposant que tous les enfans eussent prédécédé cet époux, Lebrun, en s'écartant de l'opinion de Ricard, décide que le mari doit avoir la totalité.

Mais cette opinion ne pouvait se soutenir. Celle de Ricard devait être suivie; elle l'était en effet; aussi avait elle été adoptée par Espiard qui a repris Lebrun, et par Pothier, dans son *Introduction au titre* 10 *de la coutume d'Orléans*, n°. 174. *V.* ci-devant, §. 4, n°. 3.

Cette question peut se présenter sous la législation actuelle, parceque les modes de disposer en pareil cas, varient beaucoup.

Or, je pense que, si la disposition portait seulement sur une part d'enfant, et qu'il n'y eût point d'enfant au décès de l'époux donateur, la disposition en faveur du second époux serait réductible au quart. Je me fonde sur les termes de l'art. 1098: « Et sans que, *dans aucun cas*, » ces donations puissent excéder *le quart* des » biens ».

Si la disposition portait sur la totalité des biens, ou sur une partie déterminée, quelque considérable qu'elle fût, elle devrait être exécutée en entier, tous autres que les enfans de lits précédens ne pouvant point donner lieu à la réduction.

Mais lorsque la disposition est seulement d'une partie, quoiqu'indéterminée, l'époux donateur ne peut être présumé avoir voulu donner le tout. La plus grande latitude que puisse avoir alors la disposition, est la partie la plus considérable qui aurait pu être donnée, en cas d'existence d'enfans de précédens mariages.

IV. Mais il est à propos d'expliquer quelle est la nature d'une donation simplement faite d'une part d'enfant.

Or, une pareille donation a toujours été considérée comme une institution contractuelle, en ce sens qu'elle était caduque lors que l'époux donataire prédécédait l'époux donateur, sans laisser des enfans de leur mariage. On sent, en effet, que cette donation n'a trait qu'au temps de la mort de l'époux donateur, époque seule à laquelle on peut déterminer une part d'enfant. Cela a été jugé ainsi par un arrêt du 13 avril 1688, rapporté au Journal du Palais, qui a toujours été suivi. L'éditeur de Lebrun, dist. 5, n°. 23, et Pothier, à l'endroit cité, n°. 173, en font l'observation. Ce dernier auteur ajoute que les enfans qui naissent du dernier mariage, sont censés

tacitement substitués à l'époux donataire, pour, en cas de son prédécès, recueillir en sa place la donation, s'ils survivent à l'époux donateur. Il assimile, et avec raison, les principes de la donation dont il s'agit, respectivement aux enfans du mariage precedent, à ceux qui ont lieu en institution contractuelle, par rapport aux enfans de l'institue qui predécède l'instituant, laissant des enfans.

Cependant, c'est en ces deux points seulement, que la donation en question ressemble à l'institution contractuelle. Le mari donataire de part d'enfant, tient cette part à titre de donation, et non à titre de succession; il est donataire, et non heritier.

V. J'examine actuellement la prohibition sous le rapport des personnes auxquelles il n'est point permis de donner.

Pour que la loi ne fût pas éludée, le nouvel époux ne devait pas être seul frappé de la prohibition; on devait y comprendre encore les personnes qui seraient reputées interposées.

Ainsi, il est dit d'abord, dans l'art. 1099: « Toute donation, ou déguisée, ou faite à per» sonnes interposées, sera nulle ».

L'art. 1100 est ensuite ainsi conçu: « Seront » réputées faites à personnes interposées, les » donations de l'un des époux aux enfans ou » à l'un des enfans de l'autre époux issus d'un » autre mariage, et celles faites par le dona» teur aux parens dont l'autre époux sera hé» ritier présomptif au jour de la donation, en» core que ce dernier n'ait point survécu à son » parent donataire ».

VI. Il y a quelques observations à faire sur cet art. 1100.

En premier lieu, les donations faites aux enfans du nouvel époux, *issus d'un autre mariage*, sont seules comprises dans la prohibition. Cette prohibition ne concerne donc point les enfans qui seront nés du nouveau mariage. L'époux remarié peut leur faire les mêmes avantages qu'à tout autre de ses enfans. C'est, comme on l'a vu ci-devant, §. 4, n°. 1, ce qui avait lieu dans l'ancienne legislation.

L'opinion dont il a éte rendu compte au même endroit, et suivant laquelle, on devrait regarder les donations contenues dans le contrat en faveur des enfans à naître du mariage, comme faites en considération du second mari ou de la seconde femme, et par conséquent réductibles, ne peut plus, fondée ou non, recevoir d'application à la législation actuelle. La raison en est que, comme on l'a vu au mot *Donation*, sect. 3, §. 2, n°. 3, il n'y a plus lieu à une donation en faveur d'enfans à naître.

VII. En second lieu, l'art. 1100 répute personnes interposées, *les parens* dont l'autre époux *serait héritier présomptif* au jour de la donation, etc.

Ces expressions pourraient ne pas comprendre à la lettre les aïeux de l'époux donataire qui aurait ses pere ou mere lors de la donation, par la raison qu'a cette époque, il ne serait pas héritier presomptif de ses aïeux.

Mais il y a tout lieu de se décider pour la prohibition, à l'égard des aïeux, comme à l'egard des pere ou mere. L'édit de 1560 parlait seulement des pere et mere du second mari, et dans la jurisprudence on en faisait l'application aux autres ascendans, parceque, comme le dit Pothier, *loco cit.*, n°. 164, il y avait les mêmes raisons de les regarder comme personnes interposees pour favoriser le mari. Cela doit d'autant plus avoir lieu actuellement, que la sévérité est poussée plus loin dans l'art. 1100, qu'elle ne l'était dans l'édit de 1560. Il était seulement parlé, dans cet édit, des pères, mères et enfans du second mari; et l'art. 1100 comprend dans la prohibition généralement les parens dont l'autre époux sera héritier présumptif au jour de la donation.

VIII. En troisième lieu, la prohibition pourrait s'appliquer, quand la disposition, au lieu d'être faite en faveur des personnes réputées interposées qui sont désignées dans l'art. 1100, le serait en faveur de toutes autres personnes, s'il était etabli par des faits ou par des circonstances qui fissent naître une violente présomption, que la disposition devait tourner au profit du mari.

C'est ce qui résulte de la première partie de l'art. 1099: « Les époux ne pourront se don» ner *indirectement*, etc. »

La principale différence qu'il y ait entre le cas de la disposition faite en faveur d'une personne réputée interposée par la loi, et celui de la donation faite à toutes autres personnes; mais par des voies détournees, dans la vue de faire passer au mari, consiste en ce que, dans le premier cas, il ne faut point de preuves; la fraude subsiste par une présomption *juris et de jure*; au lieu que dans le second cas, la fraude doit être prouvee [[ou du moins, d'après l'art. 1353 du Code civil, résultant de circonstances formant une présomption morale.]] Telle était la doctrine enseignée par Ricard, *loco cit.*, n°. 1231.

IX. En quatrième lieu, je pense encore que c'est avec raison que Pothier a remarqué, n°. 164, que les père et mère, ou les enfans du premier lit, que la loi répute person-

nes interposées pour avantager un nouvel époux, ne peuvent être regardés comme telles, que lorsque la donation leur est faite du vivant du nouvel époux, et non si elle est faite après sa mort.

On doit néanmoins excepter les cas de fraude qui pourraient être prouvés, comme à l'égard de toutes autres personnes en général; si on avait voulu faire passer l'objet donné aux enfans du second lit, au préjudice de ceux du premier, ceux-ci pourraient demander le rapport.

X. Enfin, la disposition serait encore soumise à la prohibition, si elle était réellement faite sous les apparences trompeuses d'un contrat à titre onéreux, selon les preuves qui se présenteraient. Tel est le résultat de ces mots de l'art. 1099 : « Toute donation, ou *dé» guisée*, ou faite à des personnes interpo» sées, sera nulle ».

Ces derniers termes de l'art. 1099 donnent matière à une observation importante.

On aurait pu éprouver quelque difficulté sur l'ordre dans lequel auraient dû être executées, et les dispositions qui auraient été faites en faveur du nouvel époux, et d'autres donations, ou deguisées, ou faites à des personnes interposées. En effet, Lebrun, *loco cit.*, dist. 5, nº. 2, disait, dans le cas de l'interposition, que les donations n'étant pas nulles, mais seulement réductibles, parcequ'elles etaient présumées faites au profit d'une même personne, c'est-à-dire, au profit d'un nouvel epoux, la réduction devait s'en faire au sou la livre, comme celle des legs et donations testamentaires, quand il s'agissait d'y donner atteinte à l'effet de fournir aux enfans leur légitime.

L'édit de 1560 pouvait prêter à cette opinion, parcequ'il laissait supposer la réduction pour tous les cas; mais il ne peut plus en être de même actuellemunt pour la donation déguisée, ou pour celle faite à des personnes interposées. L'art. 1099 en prononce formellement la nullité, au lieu de la simple réduction.

ART. II. *Quels sont les biens qui font l'objet de la prohibition?*

L'édit de 1560, dans sa seconde partie, avait etabli une réserve des biens qui auraient été donnés par l'un des epoux à l'autre, en faveur des enfans qui seraient nés de leur mariage, lorsque l'epoux donataire se remarierait.

Cette réserve n'a pas lieu dans notre législation. On l'avait admise dans le premier projet du titre *des Donations et Testamens; mais la discussion du conseil d'etat, séance du 17 ventôse an* 11, tome 2, page 654, annonce qu'elle fut rejetée lors de la dernière rédaction; et en cela, notre législation s'est infiniment simplifiée.

Ainsi, tout ce qu'un époux aurait pu tenir des libéralités de son épouse, compose son patrimoine comme le restant de ses biens personnels. Il en est de même, soit de tous les profits qu'un époux qui se remarierait, aurait retirés d'une premiere communauté, soit des biens qu'il aurait recueillis dans la succesion de l'un de ses enfans. Il peut du tout, donner au nouvel époux une portion d'enfant.

II. La réduction se fait sur tous les biens, quand même la donation aurait été mutuelle ou réciproque; et il y a toujours lieu de suivre les principes établis à ce sujet par Ricard, *loco cit.*, nº. 1194.

III. Il a toujours été reçu que, lorsque l'époux qui, ayant des enfans, se remariait en communauté, faisait un plus grand ameublissement de ses immeubles que celui de l'autre époux, ou que lorsqu'il consentait à un rapport dans la communauté plus considérable que celui de l'autre époux, il en résultait un avantage sujet à la réduction en faveur des enfans. On voyait là un avantage indirect. L'époux qui se remariait devait, par une clause particulière, proportionner ses apports dans la communauté à ceux de l'autre epoux, et se réserver comme propres de communauté l'excédent qu'il pouvait y avoir.

Ricard, à l'endroit cité, nºˢ. 1200 et suivans; Lebrun, dist. 4, nº. 10, expliquent les principes à ce sujet, et la manière dont s'opérait alors la réduction. Ricard enseignait, nº. 1211, que néanmoins les profits qui s'étaient faits dans ces communautés inégales, n'étaient pas sujets à retranchement, et que la réduction devait porter sur les sommes capitales seulement. Lebrun, *locò cit.*, dist. 4, nºˢ. 4 et suivans, s'expliquait de même sur la communauté de tous biens.

En un mot, ce que disait Ricard, nº. 1222, tout acte par lequel nous relâchons ce que nous pouvions exiger ou conserver à la rigueur, emporte avec soi le caractère et les qualités de la donation. C'est, ajoutait-il, ce que les docteurs ont conçu en termes assez énergiques, lorsqu'ils ont établi pour maxime génerale de droit, d'après la loi : *Id acquiri ex providentiâ hominis, quod acquiritur ex dispositione legis cui partes poterant renunciare.*

On doit tenir encore aux mêmes principes. On peut se fonder non-seulement sur les termes de l'art. 1099 : « Les époux ne pourront » se donner *indirectement*, au-delà de ce qui

» leur est permis par les dispositions ci-dessus », mais encore sur la restriction apportée par l'art. 1527 aux différentes conventions déjà permises dans les huit sections qui précèdent cet article, relativement aux communautés entre époux.

Cette restriction est ainsi conçue ; « Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfans » d'un precedent mariage, toute convention » qui tendrait dans ses effets à donner à l'un » des époux, au-delà de la portion réglée par » l'art. 1098, sera sans effet pour tout l'excédant de cette partie ».

IV. Remarquons les derniers termes de cet art. 1527. On y lit : « Mais les simples bénéfices résultans des travaux communs et des » économies faites sur les revenus respectifs, quoique inegaux, des deux époux, » ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfans du premier » lit ».

En réfléchissant sur ces expressions, on pourrait croire que, soit qu'il s'agît d une société d'acquêts, soit qu'il fût question d'une communauté ordinaire, la clause par laquelle il aurait été stipulé que le nouvel epoux aurait, en cas de survie, les benefices qui résulteraient de la société d'acquêts ou de la communauté, devrait être considérée comme licite, et avoir sa pleine exécution. En effet, Argou, *Institutions au droit français*, *tome* 2, *liv*. 3, *chap*. 18, avait dit que la veuve qui se remarie, peut stipuler qu'il n'y aura point de communauté (ce qui est sans difficulté), mais encore que le mari survivant jouira de tous les effets de la communauté ou en propriété ou en usufruit; parceque, dit-il, en ce cas la veuve ne donne rien du sien; elle cesse seulement d'acquérir.

[[Mais la cour de cassation en a décidé autrement; voici dans quelle espece.

Le 10 frimaire an 4, contrat de mariage entre le sieur Richard et la demoiselle Fremicourt, tous deux domiciliés à Cambrai, et ayant chacun deux enfans d'un mariage précédent. Dans cet acte, les deux époux évaluent respectivement leur apports mobiliers; le sieur Ricard fixe le sien à 22,778 francs; celui de la demoiselle Fremicourt est porté à 47,000 francs. Ils conviennent que la moitie de chacun de ces apports entrera dans la communauté, et que l'autre moitie appartiendra à leurs enfans respectifs du premier lit. Viennent ensuite des dispositions ainsi conçues :

« 1°. Au cas de dissolution du futur mariage, sans qu'il y ait enfant du predécédé, le survivant sera proprietaire de toute la communauté mobilière, à la charge d'en payer les dettes. Les conquêts seront communs, le survivant en sera propriétaire de moitié, et usufruitier de l'autre ; il aura aussi l'usufruit de tous les autres biens du prédécédé, le tout sans charge de donner caution.

» 2°. Dans le cas où, à la dissolution de la communauté, il y anrait des enfans du prédécédé, *les avantages ci-dessus demeureront restreints aux termes des lois* ; et néanmoins il a été convenu que l'usufruit que le survivant aura en ce cas, cessera sur les propres du prédécédé, en faveur de chacun des enfans, lorsqu'ils auront atteint l'âge de majorité, ou pris état de mariage.

» 3°. La future épouse, ou ses héritiers auront, au cas de renonciation à la communauté, le droit de reprendre les apports de ladite future épouse, ses successions, donations et obventions, qui lui seront echues, ses habillemens, bagues, joyaux et autres ornemens servant à ses corps et chef, et sa chambre garnie suivant son état : elle aura en outre pour douaire une pension de douze cents livres ».

En janvier 1806, le sieur Richard meurt, laissant pour seuls héritiers ses deux enfans du premier lit. Des contestations s'élèvent entre ceux-ci et leur belle-mere. Les deux parties reconnaissent que la veuve ne peut recueillir les avantages qui lui ont été faits par son mari, que jusqu'à concurrence, soit de l'usufruit de la moitié des biens, si l'on s'en rapporte à la loi du 17 nivose an 2, soit d'une part d'enfant, si l'on s'en rapporte au Code civil.

Mais au nombre de ces avantages doit-on mettre la stipulation qui défere au survivant la propriété de toute la communauté mobilière? Ou bien cette stipulation doit-elle, comme ne formant qu'une convention matrimoniale ordinaire, avoir son plein effet? C'est là le point capital de la difficulté.

Portée au tribunal de première instance de Cambrai, cette question y est jugée en faveur de la veuve Richard, le 7 juin 1806,

» Attendu que la stipulation entre époux, par contrat de mariage, portant que le survivant d'entre eux sera proprietaire de la communauté mobiliere, n'est point une donation, mais un simple reglement de communauté entre eux, une convention entre associés, laquelle ne tient nullement à la bienfaisance, mais à une juste indemnité; qu'elle n'a pour objet que les bénéfices résultans de l'industrie, de l'economie et des travaux respectifs des époux, et qu'elle peut même, par evenement,

être illusoire, comme dans le cas où la communauté éprouverait des pertes;

» Que pareille convention n'est point improuvée dans ses effets, par la loi du 17 nivôse an 2; que la reponse à la 9e. question posée dans la loi du 9 fructidor an 2, explicative de celle du 17 nivôse, donne évidemment la preuve que pareille convention n'a pas cessé d'être respectée;

» Que, si l'on consulte la loi qui avait pris son empire au moment de la mort de l'époux Richard, l'évidence est encore plus sensible: car les art. 1525 et 1527 du Code civil portent des dispositions confirmatives, claires et expresses sur la matière; que de même que la loi du 17 nivôse n'a point aboli le droit ancien en matière de pareilles conventions, consacrées par l'ancienne jurisprudence des arrêts, de même le Code civil a conservé ce droit, sauf, de la part des héritiers du défunt, la reprise des apports et capitaux mis dans la communauté mobilière par l'époux décédé;

» D'où il suit que la stipulation de propriété de la communauté mobilière, et dont il s'agit, n'est point un avantage entre les époux qui l'ont faite, et que son effet ne peut être réductible comme celui d'une donation; qu'enfin la restriction faite par les époux dans le cas prevu et arrivé, ne peut point toucher la communaute mobilière ».

Sur l'appel, ce jugement est confirmé, le 19 novembre suivant, par la cour de Douai,

« Attendu qu'aux termes des art. 1525 et 1527 du Code civil, la stipulation par laquelle deux époux conviennent, comme dans l'espèce, que le survivant reste propriétaire de la communauté, n'est point réputée donation; qu'à l'époque du contrat qui contient cette stipulation, comme aujourd'hui, ce n'était qu'un simple reglement de communauté, une simple convention de mariage et entre associés, dont l'effet est éventuel et incertain, et qui n'est point réputé donation;

» Que le Code civil, en s'exprimant ainsi, n'a point introduit un droit nouveau; qu'il fait ici la loi des parties, par la circonstance qu'il était promulgué à l'époque de la dissolution de la communauté dont il s'agit; que les expressions au futur, sous lesquelles cette stipulation est conçue, manifestent la volonte des contractans, à se faire, au cas d'enfant, les mêmes avantages qu'au cas de non enfant; qu'ils n'ont admis d'autre exception que celle que l'avenir rendrait insurmontable, c'est-à-dire, la loi existante au moment du prédécès de l'un d'eux...;

» Que par suite, c'est par les dispositions du Code civil, promulgué à l'époque de la dissolution de la communauté, que ledit droit doit être réglé ».

La demoiselle Richard, agissant tant en son nom que comme héritière de son frère decédé pendant l'instance, se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

L'affaire portée à la section civile, après un arrêt d'admission de la requête de la demoiselle Richard, les deux parties y exposent, l'une ses moyens de cassation, l'autre ses moyens de défense, avec les plus grands développemens.

Après le rapport fait par M. Boyer, et les plaidoyers des avocats, M. l'avocat général Pons rappelle la règle du droit romain, et notamment la loi *hac edictali*, qui a eté le principe de l'edit des secondes Noces, et il remarque que, bien loin de se relâcher de la sévérite des anciennes règles sur ce point, le Code civil se montre beaucoup plus sevère, puisqu'il défend à l'époux ayant des enfans d'un premier lit, de donner, en aucun cas, à son nouvel epoux, plus du quart de ses biens, tandis que, sous l'ancien droit, la part d'enfant pouvait s'élever jusqu'à la moitié.

Il remarque encore que tous les auteurs qui ont écrit sur la loi *hac edictali* et sur l'édit de secondes Noces, ont regardé comme réductible aux termes de l'une et de l'autre, non-seulement les donations mutuelles, les augmens de dot, les douaires conventionnels, en tant qu'ils excedaient les douaires coutumiers, les gains de survie, les préciputs, mais même les conventions de communauté, lorsqu'il y avait inégalité dans les apports respectifs; en un mot, tout ce dont le nouvel epoux profitait par le fait de l'epoux remarié et non par le fait seul de la loi.

« Il est vrai (ajoute-t-il) qu'aux termes de l'art. 1525 du Code civil, la stipulation qui confere au survivant des époux, ou à l'un d'eux seulement, plus de la moitié de la communauté, n'est point réputee un avantage sujet aux règles des donations; mais ce n'est qu'entre époux qui n'ont pas d'enfans d'un premier lit, que le legislateur a permis cette stipulation; et pourquoi? Parcequ'elle ne peut leser les enfans, si l'union n'en produit pas, et que, si elle en produit, la nature et la loi veillent à ce que celui des père et mère qui recueille l'effet de la stipulation, la fasse tourner au profit de ses enfans.

» Mais ce que le législateur a établi relativement aux époux qui n'ont point d'enfant du premier lit, il a pu le défendre à l'égard de ceux qui en ont; et c'est ce qu'il a fait en proscrivant, par l'art. 1527, *toute convention* qui

tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion reglée par l'art. 1098. Cette disposition n'est pas nouvelle. On peut voir dans tous les auteurs, notamment dans Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, depuis le nº. 544 jusqu'au nº. 589; dans Ricard, *des donations*, part. 5; dans Lebrun, *de la Communauté*, liv. 2, chap. 6, nºs 15 et suivans; dans Renusson, *de la Communauté*, part 4, chap. 3; et dans une foule d'autres, que non-seulement les donations directes, mais les conventions de mariage, et les réglemens de communaute dont il peut sortir des avantages, sont sujets au retranchement en faveur es enfans du premier lit.

» On oppose la derniere disposition de l'art. 1527; mais la cour d'appel de Douai nous parait s'être méprise sur le sens de cette disposition, en lui faisant dire que l'abandon que l'un des deux époux ferait à l'autre de sa part dans les bénéfices resultant des travaux communs, ne serait pas un avantage pour celui qui en serait gratifié; il en resulte seulement que, nonobstant les prohibitions d'avantages au détriment des enfans du premier lit, un second époux, eût-il dans la communauté un apport moindre que celui de son époux convolé en secondes Noces, ne serait pas censé avantagé au préjudice des enfans de ce dernier, en prenant sa moitié dans les benefices communs. C'était là une question qui avait été souvent debattue, comme on le voit dans Ricard. *Traité des Donations*, part. 3, chap. 9, nº. 1221; elle aurait pu se reproduire; et le législateur l'a décidée dans le sens de Ricard.

» L'opinion contraire aurait pu, sans déraison, s'induire des termes absolus qui, dans le même art. 1527, assujetissent à la réduction les effets de *toute convention* qui avantage le second époux au-delà de la portion determinée par l'art. 1098; elle aurait pu s'induire des art. 1098 et 1099, qui veulent qu'*en aucun cas*, l'époux ayant des enfans d'un premier lit, ne puisse gratifier son second époux, soit directement, soit indirectement, d'une part supérieure à la part d'enfant moins prenant

» Enfin, cette décision aurait pu paraitre dériver également de l'art. 1496, qui donne aux enfans du premier lit de l'époux prédécédé, l'action en retranchement contre l'epoux survivant, qui se trouverait avoir plus d'une part d'enfant moins prenant, par l'effet de la confusion du mobilier et des dettes.

» La dernière partie de l'art. 1527 a eu pour unique objet de prévenir cette difficulté.

» Les *simples bénéfices* dont parle cet article, doivent s'entendre de ceux que l'époux tient de la loi, qui forment sa part légale dans la communauté, c'est à-dire la moitié : *quod ei competit, ex beneficio legis, non ex beneficio hominis.*

» Le terme de *bénéfices*, employé dans l'art. 1527, exprime justement ce qui advient de droit à chacun des époux ou à leurs héritiers, par la liquidation d'une société conjugale qui a augmenté son actif.

» Or, c'est de cette portion, de cette moitié de profits communs, que parle ici la loi; elle ne dit rien de la donation mutuelle que deux époux se seraient faite de leurs parts respectives dans ces profits.

» La veuve Richard confond les bénéfices de chaque époux avec la donation de ces bénéfices, ou si l'on veut, avec la convention par laquelle deux époux les ont reciproquement attribués au survivant; et certes, de ce que les profits qui ont été faits par la communauté, et dont la loi gratifie également les deux époux, ne sont point considérés par elle comme un avantage reductible en faveur des enfans du premier lit, il ne s'ensuit pas que le don de ces profits soit également un avantage irreductible.

» Ainsi, la cour d'appel a faussement interprété la derniere partie de l'art. 1527 du Code, faussement appliqué l'art. 1525, et violé les art. 1098 et 1099 ».

Conformément à ces conclusions, arrêt du 24 mai 1808, par lequel,

« Vu les art. 1098, 1525 et 1527 du Code civil;

» Considerant que les art. 1098 et 1099 déterminent et limitent, d'une manière positive, l'avantage qu'un époux veuf avec enfans d'un premier lit, qui passe à de secondes Noces, peut faire à son second époux, et que la réduction de tout ce qui tend directement ou indirectement à excéder cet avantage, est également ordonnée, d'une manière expresse, au profit des enfans d'un premier lit;

» Considerant que, si l'art. 1525 permet en général aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant d'entre eux, l'effet de cette disposition générale ne peut s'étendre au cas particulier de l'existence d'enfant d'un premier lit; ce qui resulte clairement de l'art. 1527, où le législateur excepte formellement de la liberté presque illimitée des conventions matrimoniales, etablie par divers articles precedens, toute convention qui tendrait à porter atteinte à la réserve legale devolue aux enfans d'un premier lit;

» Considérant, enfin, que les dernières ex-

pressions du même art. 1527 ne peuvent avoir évidemment pour objet que d'autoriser le partage égal des bénéfices des communautés, dans lesquelles des mises illégales ont eu lieu, sans que ce partage égal puisse être réputé avantage au profit de celui des époux dont la mise a été moindre que celle de l'autre époux; mais qu'on ne peut l'étendre à une stipulation qui appellerait l'époux survivant à la propriété de la totalité de ces mêmes bénéfices;

» Qu'il suit de là qu'en décidant que la stipulation du contrat de mariage des sieur et dame Richard, qui appelait le survivant d'eux à la propriété de toute la communauté mobilière, nonobstant l'existence d'enfans du premier lit du sieur Richard, devait avoir son effet indépendamment de la part d'enfant que ce même contrat assurait à la dame Richard, sur les biens propres du sieur Richard, et en refusant à la demoiselle Richard l'exercice de l'action en retranchement sur le tout, l'arrêt de la cour d'appel de Douai a faussement appliqué les art. 1525 et 1527 du Code civil, et par suite violé les art. 1098 et 1099 du Code;

» La cour casse et annulle..... ».]]

Art. III. *De ceux qui ont droit à la réduction. Quelle est la qualité en laquelle elle peut-être demandée ? Mode d'y procéder.*

I. Un des points essentiels sur cette matière, est de déterminer quels sont les enfans au nombre desquels il faut avoir égard pour fixer la part d'enfant, qui seule peut être donnée au nouvel époux. Or, il est constant qu'actuellement, comme sous l'ancienne législation, il faut considérer le nombre de tous les enfans laissés par l'époux qui se remarie et qui fait la disposition, tant ceux issus du mariage à l'occasion duquel la disposition sujette à réduction a été faite, que ceux nés des précédens mariages.

Cela est fondé sur ce que la loi ne veut pas que l'époux qui se remarie, ait pour son nouvel époux plus d'affection que pour aucun de ses enfans. On sent donc que tous les enfans quelconques doivent être compris dans cette mesure. Aussi les lois anciennes relatives à la fixation de la part d'enfant, ont-elles toujours été entendues *de liberis natis et nascituris*; et il n'y a point de raison pour se départir de ces principes, puisque, comme l'édit de 1560, l'art. 1098 parle simplement d'*une part d'enfant légitime le moins prenant*, sans distinguer les enfans du second lit de ceux du premier.

II. Un autre point essentiel est de savoir quels sont les enfans qui prennent part au retranchement voulu par la loi, c'est-à-dire, s'il revient aux enfans des précédens mariages exclusivement à ceux du mariage à l'occasion duquel la disposition réductible a été faite.

Cette question était très-embarrassante pour les pays coutumiers, avant que Ricard eût écrit. Ce savant auteur fixa les opinions. Il établit, n°. 1288, que, sans contrarier l'esprit de l'édit de 1560, qui était la véritable loi française, les enfans nés de l'époux auquel la donation réductible avait été faite, devaient participer au bénéfice du retranchement, ainsi que ceux nés de précédens mariages de l'époux donateur. Il démontra combien cette proposition était juste. Il n'y avait point de différence à faire entre des enfans d'un même père ou d'une même mère. Il rappela ce que j'ai dit, art. 1, n°. 6, que les enfans du nouveau mariage étaient capables de recevoir des dispositions de la part de leur père ou mère qui se remariait.

J'ajoute que l'incapacité où seraient les enfans du second lit de participer au retranchement, deviendrait un avantage nécessaire de la part de l'époux donateur, en faveur des enfans du premier lit, au préjudice de ceux du second.

Il y a encore une autre raison; c'est que les enfans du dernier mariage, faisant nombre pour la détermination de la part d'enfant, il s'ensuit qu'ils doivent faire nombre pour participer au retranchement.

Ricard convenait cependant que, d'après les lois romaines, et notamment la novelle 22, chap. 27, les enfans des précédens mariages devaient seuls avoir le retranchement; mais il ajoutait que les décisions de ces lois, auxquelles il pouvait ne pas y avoir de dérogation précise par l'édit de 1560, ne devaient être suivies que dans les pays de droit écrit.

L'opinion de Ricard a toujours paru la plus juste; aussi a-t-elle été constamment suivie dans les pays de coutumes et même dans certains pays de droit écrit. On la voit confirmée par les auteurs du plus grand poids, et notamment par Duplessis, sur la coutume de Paris, *Traité des Donations*, liv. 1, chap. 1, sect. 3, obs. 7; par Lebrun, dist. 3, n°s. 13 et 14; par Auroux-Despomiers, sur l'art 219 de la coutume de Bourbonnais, n°s. 98 et 99; par Pothier, *loc. cit.*, n°. 170; et on ne trouve dans notre législation aucun motif de s'en écarter.

III. Mais il faut remarquer (et telle était également l'ancienne jurisprudence, comme on l'a vu plus haut, § 4, n°. 3) que les enfans du dernier mariage n'ont droit à cette

participation qu'autant qu'il y a des enfans de mariages précédens. C'est à l'occasion de l'existence de ces enfans, que la loi s'arme de sévérité. Cependant, en venant à l'exécution de la loi, il est indispensable que les derniers enfans en profitent; mais, pour cela, il faut le concours des premiers; n'étant pas nouveau, dit Pothier, nº 170, qu'on ait du chef d'un autre, ce qu'on n'aurait pas eu de son chef. En sorte que, si, lors du décès de l'époux donateur, tous les enfans du précédent mariage étaient prédécédés, ceux du dernier ne pourraient donner lieu au retranchement, ni par conséquent le réclamer.

IV. Pour parvenir à une fixation exacte de la part d'enfant, je remarquerai trois cas: Ou il y a eu une simple donation de part d'enfant en faveur du nouvel époux, sans aucune autre disposition de la part de l'époux donateur; ou il y a eu une donation d'un objet déterminé, aussi sans aucune autre disposition; ou bien, outre la donation faite au dernier époux, soit d'une part d'enfant, soit d'un objet déterminé, il y a eu d'autres dispositions qui réduisent les enfans au droit de réserve ou légitime.

Dans le premier cas, l'époux donataire doit prendre une portion, en le considérant comme un enfant de plus. Si donc il y avait trois enfans, il aurait un quart. S'il y en avait quatre, il aurait un cinquième, ainsi de suite. Si, dans la première hypothèse, on donnait au nouvel époux un tiers, et dans la seconde un quart, il est évident que cet époux aurait plus que chacun des enfans, et par conséquent plus qu'une part d'enfant.

Cette computation a été pratiquée de tout temps, ainsi que les auteurs l'attestent, et on ne peut entendre autrement *la part d'enfant* énoncée dans l'art. 1098 du Code.

Autrefois, lorsqu'il n'y avait qu'un enfant du premier lit, l'époux donataire pouvait avoir moitié. Il pouvait avoir un tiers, s'il y avait deux enfans. Mais, d'après l'art. 1098, il ne peut jamais avoir que le quart; en quoi la législation actuelle a apporté un grand changement à l'ancienne.

Dans le second cas, si l'objet particulier qui a été donné, n'équivaut pas à une part d'enfant, l'époux donataire doit s'y tenir. Si cet objet excède une part d'enfant, il y a lieu à la réduction, toujours d'après le même mode de computation.

Dans le troisième cas, la donation faite au nouvel époux, ne peut excéder la portion d'un des enfans qui sont réduits à la quotité indisponible.

Mais il faut remarquer que la fixation de la moindre part d'enfant doit toujours être faite d'après la loi, en sorte que la portion de l'époux donataire doit toujours être équivalente à celle revenant à un des enfans réduit à sa part dans la portion indisponible. S'il avait été donné ou légué à un enfant moins que son droit de réserve, l'époux donataire ne pourrait pas être obligé de se réduire à l'équivalent de ce don, quand même l'enfant donataire ou légataire paraîtrait vouloir s'y tenir. Telle était, comme on l'a vu ci devant, §. 4, art. 2, nº. 21, l'ancienne jurisprudence, au moins dans la plupart des parlemens: et c'est en ce même sens que doivent être entendus les mots de l'art. 1098: *Une part d'enfant légitime le moins prenant.*

V. Il peut se rencontrer quelques autres circonstances particulières relatives à la fixation de la part d'enfant, qui devra revenir à l'époux donataire. Il peut y avoir, par exemple, des dispositions d'après le taux desquelles la part légale de l'enfant moins prenant soit supérieure au droit de réserve; mais on se retrouvera aisément à l'aide des principes déjà posés. La part qui reviendra à l'époux donataire, ne pourra jamais qu'égaler la part d'enfant le moins prenant, ou le quart.

VI. J'ai supposé jusqu'à présent que l'époux qui se remarie, et qui donne au nouvel époux, n'a laissé que des enfans au premier degré. Mais on doit prévoir le cas où il y aurait des enfans d'enfans prédécédés.

Dans ce dernier cas même, il y a deux circonstances à remarquer: ou il y aurait plusieurs souches, c'est-à-dire que des petits-enfans concourraient, du chef de leur père, avec des oncles ou tantes existans, enfans de l'époux donateur: ou il y aurait seulement des petits-enfans, enfans d'un enfant unique prédécédé.

Suivant l'ancienne jurisprudence, dans la première hypothèse, c'est-à-dire, lorsque la succession se partageait par souches entre plusieurs petits enfans de différentes souches, la part de l'époux donataire ne se réglait pas sur celle que prenait l'un de ces petits enfans dans la subdivision, mais sur la part de l'une des souches la moins prenante. Mais, dans la seconde hypothèse, c'est-à dire, lorsque la succession se partageait entre plusieurs petits-enfans, nés tous d'une même souche, ou, ce qui est la même chose, d'un enfant unique, la part de l'époux donataire se réglait sur celle du moins prenant de ces petits-enfans. C'est ce que dit avec précision Pothier, nº. 166.

Ricard s'en était expliqué avec étendue, n°. 1269, ainsi que Lebrun, dist. 5, n°. 22.

Il est sans difficulté que, dans la première circonstance dont il vient d'être parlé, on doit, sous la législation actuelle, suivre les anciens principes.

Mais il y a un doute réel sur la question de savoir si on doit suivre les mêmes principes dans la seconde circonstance.

Dans l'ancienne jurisprudence, la question souffrait de grandes difficultés.

Deux motifs principaux avaient déterminé l'arrêt du parlement de Toulouse, rappelé ci-devant, §. 4, art. 2, n° 21, qui réglait la part de l'époux donataire sur la part du petit-enfant le moins prenant.

Le premier motif était que la loi romaine et l'édit de 1560 parlaient des enfans et des petits-enfans.

Le second était que, d'après la manière dont on avait interprété la novelle 118, chap 1er, relativement aux successions, les petits-enfans, dans ce cas, étaient réputés succéder par tête, personnellement, et non par représentation de leur père. Tous les petits-enfans du fils unique prédécédé, étaient considérés comme autant d'enfans propres du défunt. L'aïeul, comme le disait Lebrun, *devenait le père* de ses petits-fils. C'est aussi par cette raison que, s'il eût été question de la succession de l'aïeul, et si cet aïeul avait fait une disposition, chacun des petits-enfans pouvait réclamer une légitime, et non pas seulement la légitime qui serait revenue à leur père.

Quant au premier motif, on ne peut plus aujourd'hui l'invoquer. La raison en est que l'art. 1098 ne s'explique point, à cet égard, comme l'edit de 1560. Il est dit seulement dans l'article, *une part d'enfant légitime le moins prenant;* et s'il est vrai que, lorsqu'il y a des petits-enfans concourant avec des oncles ou tantes, enfans du donateur, en sorte que le partage ait lieu par souches, on doit s'arrêter à une part d'enfant, et non à une part des petits enfans; cela paraît également vrai dans le cas où il y a seulement des petits-enfans d'un enfant unique prédécédé. C'est l'affection pour un enfant qui fait la mesure, et non l'affection pour un des petits-enfans les moins avantagés; sauf néanmoins le cas où il y a moins de trois enfans, dans lequel cette affection est restreinte par l'art. 1098. Lorsque, par cet article, on a dit, *sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens*, il est hors de doute qu'on a eu en vue le cas ou l'époux donateur n'aurait laissé qu'un ou deux enfans. On n'a pas voulu alors que la part de l'époux donataire fût, comme anciennement, d'une moitie ou d'un tiers. Or, on doit presumer que le même motif de la restriction s'est reporté dans la pensée du législateur, sur le cas où un enfant unique prédécédé aurait laissé plusieurs enfans, surtout lorsque l'article énonce seulement *une part d'enfant*, sans aller, en aucune manière, aux petits enfans.

J'ai déjà dit que, par ces premiers termes de l'art. 1098, *ayant des enfans d'un autre lit*, on devait aussi entendre les petits-enfans des enfans du donateur prédécédé; mais on ne doit pas en conclure que les mots d'*enfant légitime*, qui viennent après, doivent se rapporter aux petits enfans issus d'un enfant unique prédécédé. La conclusion serait fausse. La loi appelle également toute la descendance de l'époux donateur, lorsqu'il est question de recueillir l'effet du retranchement qu'elle établit sur les libéralités. Mais autre chose est le mode de fixation de ce retranchement; et, lorsqu'elle le règle seulement sur *une part d'enfant*, peut on, en donnant extension à une peine, faire ce réglement sur une part de petit-enfant?

Quand au second motif, on ne peut pas non plus y avoir égard.

On verra au mot *Réserve*, que c'était abusivement que, dans l'ancienne jurisprudence, on accordait une légitime personnelle à chacun des petits enfans issus d'un fils prédécédé, et qu'il ne doit pas en être de même sous la législation actuelle.

Cela posé, on concevra difficilement que, n'y ayant qu'un enfant, l'époux donataire ne puisse pas avoir le quart: par la raison que cet enfant sera prédécédé, laissant plusieurs enfans, mais seulement un treizième, si ces enfans sont au nombre de douze; tandis que, dans la supposition que l'époux donateur eût eu trois enfans, dont chacun en aurait laissé douze, l'époux donataire ne serait pas réduit à un trente-septième, et qu'il aurait un quart, ou au moins une portion égale à la part de la souche moins prenante; car, d'après l'art. 740, il y a représentation et partage par souches, lorsque tous les enfans sont prédécédés, laissant des enfans, comme lorsque quelques-uns des enfans seulement sont prédécédés, laissant des frères ou sœurs avec lesquels leurs enfans concourent.

VII. Quant à la qualité en laquelle le retranchement peut être demandé, celle d'enfant suffit, même pour ceux issus du mariage à l'occasion duquel la disposition a été faite qui participent à ce retranchement, lorsqu'ils

concourent avec ceux de précédens mariages; le retranchement se fait en faveur des enfans, et non au profit de la succession, dont la donation ne fait pas partie. De là il suit que les créanciers postérieurs à la donation sont sans droit sur ces biens, lorsque les enfans, qui ont obtenu le retranchement, ont renoncé à la succession de l'époux donateur, ou lorsqu'ils se sont portés ses héritiers sous bénéfice d'inventaire. Ces principes, desquels il n'y a aucune raison de s'écarter, sous la législation actuelle, ont été développés par Pothier, nos. 165 et 168, et par Auroux-Despomiers, à l'endroit cité, no. 100.

Cependant, suivant ces auteurs, le droit de retranchement aurait été refusé aux enfans justement exhérédés, et à ceux déclarés indignes. Il doit en être de même actuellement de ces derniers; notre législation ayant seulement admis l'indignité, et non l'exhérédation.

VIII. Par une suite de ce qui vient d'être dit, le retranchement ne devait pas être imputé sur la légitime des enfans. La raison en était qu'ils ne le tenaient pas de la libéralité de leur père ou de leur mère, mais du seul bienfait de la loi, qui n'est pas un titre qui puisse servir à remplir la légitime, laquelle doit être composée des dispositions gratuites que le père a faites au profit de ses enfans, ou de ce dont ils profitent en conséquence de sa succession. Telle était la doctrine de Ricard, no. 1312, confirmée par Lebrun, *des Successions*, liv. 2, chap. 3, sect. 9, no. 33, et par Auroux Despomiers, no. 103.

Il doit en être de même du droit de réserve établi par le Code en faveur des enfans.

IX. Quelques auteurs avaient pensé que l'époux donataire devait aussi partager avec les enfans, dans ce dont la donation excédait la part de l'enfant le moins prenant. Ils se fondaient sur ce qu'autrement, au moyen de la part que cet enfant prendrait dans le retranchement, le second mari se trouverait avoir moins que lui. Or, disaient ils, l'édit n'avait pas voulu qu'il eût moins que lui, mais seulement qu'il n'eût pas plus

Mais l'opinion contraire est préférable. Ricard, no. 1320, et Pothier, no. 171, l'ont établie d'après des raisonnemens qui portent la conviction.

X. Il reste encore quelques observations à faire sur le mode de prélever le retranchement, et sur l'exercice du droit tendant à se le procurer.

1o. La réserve doit toujours être prise sur la totalité des biens, avant que le retranchement ait été fait, parceque, de droit, la réserve est due sur tous les biens, tant ceux qui restent au décès, que ceux qui sont sortis de la main du défunt à titre gratuit. (Ricard, no. 1314; Duplessis, à l'endroit cité, observ. 9; Auroux Despomiers, *cit.*, no. 103).

2o. Ricard, no. 1316, examine la question de savoir si, pour trouver la part des enfans sur laquelle les avantages faits au nouvel époux, doivent être réduits, ces avantages doivent être rapportés à la masse de la succession de l'époux donateur, avec les autres biens dont elle est composée, pour ensuite, le tout confus ensemble, être laissé à l'époux donataire semblable part à celle qu'emportera celui des enfans qui en prendra le moins; ou bien si les enfans chercheront leurs parts, sans y comprendre les donations faites au nouvel époux, et dans ce qui est resté de biens à l'époux donateur seulement, pour, par le nouvel époux, retenir autant que le moins avantagé des enfans, sur le pied de la division des biens de la succession, ainsi faite par cette dernière voie.

L'auteur adopte en principe la seconde proposition.

Mais quelque respect que j'aie pour les opinions de ce grand jurisconsulte, je ne puis adopter cette décision, et j'ai toujours vu suivre la première proposition, qui, suivant l'auteur lui-même, était pratiquée de son temps.

La part d'enfant le moins prenant doit être déterminée sur la masse totale des biens, tant de ceux donnés que de ceux délaissés au décès. Il n'y a pas de raison pour ne pas agir de la même manière que si la disposition eut été faite à tout autre qu'au nouvel époux.

La part de l'enfant moins prenant étant ainsi déterminée, voilà tout ce que devra avoir l'époux donataire, et le surplus de la donation sera retranché au profit des enfans.

3o. Il n'y a nul doute que le nouvel époux donataire, pour faire déterminer une part d'enfant sur laquelle la donation doit être réglée, ne soit en droit d'exiger, comme les enfans eux-mêmes pourraient le faire, tous les rapports auxquels on serait tenu d'après la loi. (Lebrun, à l'endroit cité, dist. 5, no. 8, et liv. 3, chap. 6, sect. 2, no. 50). *V.* ci devant, §. 4, art. 2, no. 21.

4o. Lorsque le père ou la mère, ayant des enfans, contractent successivement des mariages ultérieurs, les nouveaux époux qui sont avantagés, ne peuvent prendre ensemble ou leurs héritiers, qu'une part d'enfant. Cependant, le second époux doit prendre son

droit avant le troisième. (Ricard, nº. 121 et 1322).

5º. La renonciation que feraient les enfans au droit de retranchement que leur donne la loi, du vivant de leur père ou mère, serait nulle, parcequ'elle serait présumée n'être pas libre. (Pothier, à l'endroit cité, nº. 172).

6º. En ce qui concerne la nature de l'action par laquelle les enfans peuvent se procurer le retranchement, aucun auteur ne s'en est expliqué avec plus de précision que ne l'a fait Pothier, nº. 167.

« La donation (dit-il) faite au second mari, lui tranfère la propriété de tout ce qui y est contenu, quoiqu'elle se trouve par l'événement, à la mort de la femme, exceder la part de l'un des enfans le moins prenant en la succession. Mais l'edit accorde en ce cas aux enfans une action revocatoire pour faire retrancher de la donation cet excédant. Cette action est de celles qu'un appelle *condictio ex lege*. Elle nait de l'engagement que la loi produit en la personne du donataire, de restituer aux enfans cet excédant.

» Elle est personnellement réelle, et peut en conséquence être formée contre les tiers détenteurs des heritages compris en la donation, si le second mari les avait aliénés: car ils sont affectés à cet engagement du second mari, cette charge étant tacitement inhérente à la donation qui lui a été faite.

» C'est par cette même raison, que les biens retranchés passent aux enfans sans aucune des charges d'hypothèques, servitudes, et autres que le donataire y aurait imposées: car il n'a pu donner à quelqu'un sur les biens un droit plus durable que celui qu'il avait lui-même. Loi 54, D. *de regulis juris*. C'est le cas de la maxime: *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis* ».

XI. Je vais poser un exemple qui sera propre à fixer l'application de ce qui vient d'être dit. Il pourra servir de guide dans les autres cas semblables. Je ne le ferai pas porter sur la circonstance où il y aurait simplement une inégalité de partage entre les enfans par l'effet de quelques dons qui n'épuiseraient pas la portion disponible. Il y a alors de trop grandes difficultes; on sent que la portion du nouvel époux donataire, sera toujours celle de l'enfant moins prenant, et j'ai déja fait à ce sujet des observations suffisantes. Je m'expliquerai sur le cas où l'excès des dispositions de la part de l'époux qui s'est remarié ayant des enfans, donnerait lieu à une action en reduction de la part des enfans pour leurs réserves.

Supposons que l'époux qui s'est remarié ait laissé six enfans, tant du dernier mariage que des mariages précedens; que sa fortune consiste en 24,000 francs dont il aurait d'abord donné au nouvel époux un objet en valeur de 5,000, et ensuite à toute autre personne un objet en valeur de 3,000 francs.

La portion disponible n'a pu être que d'un quart, 6,000 francs. La portion indisponible a dû être trois quarts, 18,000 francs. La part des enfans non avantagés dans cette portion indisponible, a dû être un sixième de trois quarts, huitième au total, faisant 3,000 francs. La donation faite au nouvel epoux, sera réduite à 3,000 francs; et les enfans prendront le retranchement montant à 2,000 francs.

Venant ensuite au second donataire, les enfans lui diront avec fondement: la portion disponible était seulement de 6,000 francs, distraction faite des 5,000 francs, montant de la donation anterieure à la votre: il ne reste que 1,000 francs, à quoi doit être reduite votre donation; en sorte que nous la retranchons de 2,000 francs. Vous ne pouvez pas nous obliger à imputer sur notre droit de réserve, la somme de 2,000 franes, retranchée sur la précédente donation, parceque ce retranchement que nous reclamons uniquement comme enfans, ne s'impute point sur la réserve qui nous est due à titre d'héritiers. Il faut feindre, par rapport à vous, que la première donation a eté faite à tout individu quelconque, et ne point considérer le retranchement de 2,000 francs.

Si, dans l'hypothèse ci dessus, au lieu d'un objet en valeur de 5,000 francs, il eût été donné au nouvel époux simplement une part d'enfant, il reviendrait à ce nouvel époux 3,000 francs seulement, et la seconde donation aurait son effet pour le tout; il n'y aurait point de retranchement sur la première donation, puisqu'elle ne contiendrait point de contravention à la loi, et que c'est cette contravention qui est la cause du retranchement, et qui en fait tourner le bénefice au profit des enfans.

J'ai supposé que la donation faite au nouvel époux, était la première. Si elle était la seconde, cet époux ne pourrait faire valoir sa donation que sur ce qui resterait de la portion disponible, distraction faite de la première donation, et jusqu'à concurrence seulement d'une part d'enfant moins prenant. En sorte que si les donations antérieures égalaient la portion disponible, la donation faite au nouvel epoux serait sans effet. On n'aurait pu lui donner ce qui aurait deja été donné à d'autres; et la portion indisponible doit tou-

jours demeurée intacte pour les réserves des enfans, qui sont préférables à la donation faite au nouvel époux.

ART. IV. *De l'effet que doivent avoir les donations de part d'enfant, faites sous les lois anciennes, lorsque l'époux donateur meurt sous l'empire du Code civil.*

Il s'élevera probablement la question de savoir si les donations anciennes, faites à un nouvel époux, lorsque l'époux qui s'est remarié ayant des enfans, décède sous l'empire du Code, doivent être reglées par le Code même, ou par la loi qui etait en vigueur lors de la disposition.

Tout effet rétroactif est odieux, et le législateur était imbu de cette vérité, lorsqu'il s'est empressé de dire dans l'art. 2 du Code: *La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.*

Il n'y a point de doute que les successions ne soient soumises à la loi qui régit lorsqu'elles s'ouvrent. Mais on sentira toujours la difficulté de l'application de cette regle, lorsqu'il y aura des dispositions relatives à une succession, faites par des actes qui, de leur nature, acquierent un droit dès l'instant qu'ils sont faits, sauf l'exécution au décès, sous une loi précédente qui aura été modifiée ou abolie par une loi postérieure.

Lorsqu'il n'y a point de loi transitoire qui régle les difficultés, et si on veut suivre la loi postérieure, il est difficile de ne pas sentir qu'on substitue des conventions factices, à la place de celles que les parties ont faites, que les contrats sont violés, et que les parties sont trompées dans leurs espérances. Il se tire de là la conséquence, qu'en feignant que la succession s'est ouverte sous la loi même sous laquelle le contrat a été fait, aucune des parties n'a à se plaindre, puisque les conventions étant exécutées suivant la loi qui en etait le regulateur, les intentions sont exactement suivies. La conscience des juges est à l'aise, et il ne se présente aucune idée de désordre.

Après ces réflexions préliminaires, venons aux hypothèses.

Lorsqu'il a été assuré au nouvel époux une part d'enfant, par un contrat qui, de sa nature, porte le caractere d'irrévocabilité, comme par un contrat de mariage passé sous les lois anciennes, s'il n'y a pas d'autres dispositions, et s'il y a plus de trois enfans, le nouvel epoux doit avoir sans difficulté une part d'enfant, c'est-à-dire, un quart, s'il y a trois enfans; un cinquieme, s'il y en a quatre; et ainsi de suite, puisqu'il en eût été de même d'apres les lois anciennes.

S'il y avait seulement un ou deux enfans, la donation en faveur du nouvel époux aurait été, suivant les lois anciennes, d'une moitié dans le premier cas, d'un tiers dans le second, s'il n'y avait pas eu d'autres dispositions. Or, pourrait-on bien, dans les mêmes cas, fixer le droit de l'epoux donataire à un quart, d'après la disposition de l'art. 1098, parceque l'epoux donateur mourrait sous l'empire du Code?

Cette modification ne serait pas mieux fondée que l'anéantissement total du droit de l'époux donataire, dans le cas où la loi nouvelle eût défendu absolument toute disposition de la part de l'époux qui se remarierait ayant des enfans, en faveur du nouvel époux. Le droit ne peut être divisé, et on ne peut pas plus pour partie que pour le tout. On peut voir ce que je dirai à ce sujet, sous le mot *Réserve*, relativement au taux des légitimes dues par un héritier contractuel institué sous les lois anciennes, lorsque l'instituant est mort sous l'empire du Code civil. Aussi Ricard, à l'endroit cité, nº 1185, enseigne que, respectivement aux pays de coutumes, dans lesquels, avant l'édit de 1560, des époux qui se remariaient, avaient pleine liberté de s'avantager (sauf seulement la légitime des enfans), cet édit ne devait pas avoir d'effet rétroactif. Il se fonde sue deux arrêts, l'un du 14 juillet 1587, l'autre du 23 décembre 1599 (1).

Il y a toujours eu une chance à courir; mais elle n'a été relative qu'au nombre d'enfans qu'il pourrait y avoir au decès, et il n'y en avait pas relativement au taux du droit selon tel ou tel nombre d'enfans qu'il y aurait. Il y avait, à cet egard, un droit acquis dès l'instant du contrat, comme en matiere d'institution contractuelle: l'exécution seule en etait renvoyée au décès. Il n'y avait même de chance sous aucun rapport, lorsqu'une femme qui, à raison de son age, ne pouvait plus devenir mere, faisait une donation à un nouvel epoux ayant un ou deux enfans. La donation devait être nécessairement ou de la moitié ou du tiers, tandis que, d'apres la loi actuelle, elle serait seulement du quart.

Mais si, d'après des dispositions faites de la part de l'époux donateur, autres que celles

(1) [[L'arrêt de la coar de cassation du 2 mai 1808, rapporté ci-dessus, art. 3, nº. 4, n'a point jugé le contraire. Dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, les deux parties convenaient que, d'après une clause expresse du contrat de mariage dont il s'agissait, la réduction devait se mesurer sur la loi en vigueur à l'époque du décès du premier mourant des époux.]]

faites au nouvel époux, les enfans étaient réduits à la moindre portion, c'est-à-dire, à un droit de légitime, la part du nouvel époux ne pourrait être qu'égale à l'ancienne légitime qui serait revenue à chacun des enfans moins avantagés, et non au droit actuel de réserve qui, dans plusieurs cas, serait supérieur à l'ancienne légitime. Les enfans ne laisseraient pas de prendre leur droit de réserve en entier, même en profitant de l'excédant de cette réserve sur la légitime ancienne qui reviendrait à l'époux donataire.

La raison en est que c'est tout ce qui aurait été assuré au nouvel époux; et on ne pourrait lui accorder un excédent, dont la donation ne serait prouvée en aucune manière avoir été dans la volonté de l'époux donateur.

Ce qui vient d'être dit, est vrai, soit qu'il y ait eu une donation simplement d'une part d'enfant, soit qu'il y ait eu une donation d'un objet déterminé, qui, se trouvant excessive, serait réductible à une part d'enfant, selon l'événement. Les raisons de décider sont les mêmes dans ces deux cas. *

[[§ VIII. *Quelle est, dans la succession d'une veuve remariée sous l'empire d'un statut qui, la privant du droit de succéder aux enfans de son premier mariage, et excluant ceux-ci du droit de lui succéder, déférait la totalité de sa dot à son second mari, l'influence que doivent exercer respectivement et ce statut et le Code civil, lorsque c'est sous l'empire de celui-ci que cette veuve est décédée?*

Le 10 janvier 1784, Claire Campini, domiciliée dans la province d'Asti en Piémont, épouse Joseph Antoine Piacenza, domicilié dans la province d'Alexandrie. Le frère de la future épouse lui constitue en dot une somme de 15,000 livres de Piémont. Sa mère y ajoute une constitution de 5,000 livres, payable après sa mort. La future épouse renonce, moyennant cette double constitution, à tous ses droits de famille. Quant aux avantages matrimoniaux et aux gains de survie, les futurs époux s'en rapportent *allo stile della consuetudine*, c'est-à-dire au statut de la ville d'Asti, qu'ils déclarent bien connaître. Et il est à remarquer que, suivant ce statut, coll. 16, chap. 92 et 103; coll. 17, art. 10, 1° le mari survivant sans enfans nés du mariage, gagne la dot de son épouse; 2°. les enfans du premier lit d'une veuve remariée n'ont aucun droit à sa succession; 3°. et par réciprocité, la veuve remariée est exclue de la succession des enfans de son premier lit.

De ce mariage naissent deux enfans, Joseph et Jean-Baptiste. Le mari meurt.

Le 26 juin 1792, contrat de mariage entre Quiricus Cagna et la veuve Piacenza. La mère et le frère de celle-ci lui reconstituent en dot les mêmes sommes qu'ils lui avaient constituées lors de son premier mariage; et les futurs époux déclarent se rapporter, pour leurs avantages dotaux, *a gli statuti e alla consuetudine* de la ville d'Asti.

Pendant ce second mariage, la dot de la dame Cagna est payée entre les mains de Joseph Cagna, père du mari.

La dame Cagna meurt le 11 prairial an 11, après la promulgation des lois des 29 germinal et 13 floréal précédens, qui forment aujourd'hui les titres *des successions* et *des donations* du Code civil.

Joseph et Jean-Baptiste Piacenza font assigner Quiricus Cagna, François Horace et Claude Cagna, ses frères, et héritiers, comme lui, de Joseph Cagna, leur père commun, pour se voir condamner à leur restituer la somme de 2,000 livres qui a formé la dot de leur mère.

Les héritiers Cagna répondent que Claire Campini étant morte sans enfans de son deuxième mariage, celui d'entre eux qui a été son mari, a gagné sa dot, et qu'elle lui appartient, d'après le statut d'Asti, même à l'exclusion des enfans du premier lit.

Joseph et Jean-Baptiste Piacenza répondent

1°. qu'étant domiciliés dans la province d'Alexandrie, le statut d'Asti ne peut avoir sur eux aucune autorité;

2°. que d'ailleurs il a été dérogé à ce statut par le contrat de mariage de 1792, en ce qu'il n'y a pas été stipulé qu'en cas de survie, le futur époux gagnerait la dot de la future épouse;

3°. qu'au surplus, leur mère est morte sous l'empire du Code civil, et que par conséquent ce n'est plus au statut d'Asti, mais seulement aux dispositions de ce Code que l'on doit s'arrêter.

Le 5 germinal an 12, jugement du tribunal de première instance d'Asti, qui déboute Joseph et Jean Baptiste Piacenza de leur demande,

« Attendu que le statut sus relaté, par cela seul qu'il est réel, a dû affecter aussi les forains, puisque la dot existait dans le ressort du législateur;

» Que les contractans ont investi, dès la date de l'acte de 1792, le mari Cagna, du droit éventuel qui s'est réalisé maintenant; qu'il a suffi à Claire Campini et autres parties contractantes, de se rapporter au statut

d'Asti, pour qu'il en résulte qu'elle a exercé le droit que cette loi lui attribuait;

» Qu'enfin le Code civil ne peut rétroagir au point de détruire des conventions antérieures à sa publication ».

Appel de la part de Joseph et de Jean Baptiste Piacenza.

Par arrêt du 13 fructidor an 12, la cour d'appel de Turin prononce en ces termes :

« *Questions à juger.*

» Quelle a été l'intention des parties contractantes dans le contrat de mariage de 1792?

» Le statut d'Asti a-t-il pu affecter les demandeurs, domiciliés hors du territoire du statuant? D'après la jurisprudence des anciennes cours souveraines du Piémont, le second mari de la femme binube, qui s'était soumise à l'empire du statut d'Asti, gagnait-il la dot entière au cas de survie à la femme, sans enfans du second mariage ?

» Les enfans du premier lit n'avaient-ils pas droit de réclamer sur la dot, la légitime ou le supplément de la légitime ?

» Les lois nouvelles sur les successions ont-elles dérogé à des conventions matrimoniales antérieures, du genre de celles dont il est question ?

» En cas négatif, doit on réserver quelque droit aux demandeurs sur la dot dont il s'agit? Ce droit doit-il être fixé d'après les anciennes lois, ou d'après les nouvelles ?

» La cour, ouï M. Dalpozzo, substitut du procureur général; et vu le §. 15, liv. 3, tit. 22, des constitutions générales du Piémont, ainsi conçu : *Voulons que, dans la décision des procès, l'on observe uniquement, en premier lieu, nos constitutions ; secondement, les statuts des lieux, pourvu qu'ils soient par nous approuvés, ou par nos royaux prédécesseurs, et qu'ils soient en observance; troisièmement, les décisions de nos magistrats, et finalement le texte du droit commun ; défendons, en conséquence, aux avocats de citer dans leurs avis en droit aucun docteur en matières légales, et aux juges, tant suprêmes que subalternes, de déférer à leurs opinions, sous peine.... ,*

» Considérant qu'il n'est pas douteux que les parties qui ont stipulé l'acte de 1792 n'aient voulu qu'en cas de survie à sa femme, Quiricus Cagna gagnât la dot entière, même au préjudice des enfans du premier lit; Que telle est l'intelligence des conventions matrimoniales relatives au statut d'Asti, et semblables à celles dont il s'agit, adoptée par les décisions des cours souveraines du ci devant Piémont, sous l'empire desquelles le contrat de mariage a été stipulé (*Thésaure, question 94, livre 1; décision du 30 janvier 1688, au rapport de M. Balegno, entre Fabio et Rameli*); qu'il est également certain que le statut d'Asti a pu frapper la dot dont il s'agit, quoique les demandeurs soient forains, puisque, d'une part, ce statut est réel, et, d'autre part, les débiteurs de la dot étant domiciliés dans le territoire du statuant, l'on doit appliquer à l'espèce les principes sanctionnés par Thésaure, livre 2, question 5, n°. 15; et, par la décision du ci devant sénat de Savoie, du 31 janvier 1760, au rapport de M. Thonier, entre de Loys de Labatie, et la dame de Saint-Pierre, savoir, que, pour apprécier des dispositions relatives à des créances, il faut considérer le domicile du débiteur et le lieu où *debitor invitus compellendus esset ad solutionem*; que, toutes les fois que des enfans du premier lit ont réclamé contre des statuts analogues à celui d'Asti, les anciennes cours souveraines du Piémont ont observé que de pareils statuts dérogeaient à la fois, et aux lois qui réservent la légitime aux enfans, et à celles portées contre les secondes Noces; qu'ils étaient iniques quant à la légitime, qui est de droit naturel; conséquemment que, malgré les statuts, et par un principe impérieux d'équité, la légitime devait toujours être réservée; qu'il n'en était pas de même de la loi *hâc edictali*, fondée uniquement sur une loi positive, qu'une loi positive postérieure avait pu abolir; mais, qu'à l'égard du statut d'Asti, l'on était forcé de l'exécuter littéralement, et d'exclure les enfans du premier lit, même de la légitime, attendu que ce même statut excluait la mère de tout droit de succession à ses enfans du premier lit, et de même de la légitime (*Thésaure père, décis. 94; Thésaure fils, question 94, livre 1; et décision* in causa Ramelli, *ci-devant citée*);

» Qu'il suit de ces considérations, que, si le statut d'Asti n'avait pas exclu la mère de la légitime sur l'hoirie de ses enfans du premier lit, les cours souveraines du Piémont ne se seraient pas écartées du principe d'équité par elles adopté, et auraient certainement réservé la légitime aux susdits enfans ;

» Vu les art. 35 et 36 de la loi du 29 germinal an 11, ainsi conçus :

» 35. *Les enfans ou leurs descendans succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules ou autres ascendans, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différens mariages.*

» 36. *Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendans d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendans de la ligne paternelle et les ascendans de la ligne maternelle ;*

» Vu les art. 203, 379, 380, 381, 387 et 388

de la loi du 13 floréal an 11, ainsi conçus :

» 203. *Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testamens, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime, le tiers s'il laisse deux enfans, le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.*

» 379. *Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage, seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer*

» 380. *Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos, sous les modifications ci-après exprimées.*

» 381. *Toute donation entre-vifs de biens présens, faite entre époux par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée ; et elle sera soumise à toutes les règles et formes ci-dessus prescrites pour ces sortes de donations.*

» 387. *L'homme ou la femme qui, ayant des enfans d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant ; et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens.* 388. *Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus ;*

» Vu l'art. 1387 de la loi du 20 pluviôse an 12, ainsi conçu : *Les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale, que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par la présente loi ;*

» Vu l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, ainsi conçu : *A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code ;*

» Considérant que la loi ne peut avoir d'effet rétroactif; qu'en thèse générale, les stipulations faites entre époux, et par contrat de mariage antérieur au Code civil, concernant la dot et les gains nuptiaux, et par lesquelles ils s'engagent d'observer les statuts en vigueur à l'époque du mariage, n'ont point été annulées par les lois précitées ;

» D'abord, parceque les mots, *les époux ne peuvent plus stipuler*, ne regardent que les stipulations de ce genre relatives à la loi nouvelle, et supposent que les stipulations précédentes doivent tenir; et que c'est dans ce sens que l'on doit entendre l'abolition des statuts dont il est parlé dans l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 ;

» Ensuite, parce que les gains nuptiaux ne sont pas déférés au survivant par droit de succession (seul cas auquel l'on pourrait invoquer les lois nouvelles), mais en vertu d'un contrat entre-vifs, lequel, dès le moment de sa stipulation, a investi le mari, non-seulement de la propriété de la dot, pendant la durée du mariage, aux termes des lois romaines, mais encore du droit d'en acquérir la propriété incommutable, en cas de survie à sa femme sans enfans du second mariage; que c'est là un vrai contrat co-respectif, sans lequel il est possible que le mariage ne se fût pas effectué ; que, dès le moment du contrat de mariage, la dot a cessé de faire partie du patrimoine de la femme, si elle prédécédait au mari; et qu'il en est de ce cas comme de celui d'une vente conditionnelle ;

» Considérant néanmoins qu'à l'égard des successions ouvertes depuis la publication de la loi du 20 germinal an 11, elle a certainement dérogé à la partie du statut d'Asti qui exclud la mère binube de tout droit à la succession de ses enfans du premier lit ; qu'ainsi, au moment où la condition apposée au contrat de mariage, quant aux gains nuptiaux, se purifie en faveur du mari, la chose se réduit aux mêmes termes que si la partie du statut dont on vient de parler, n'existait pas ; car il est bien certain que, si les frères Piacenza étaient décédés avant leur mère, elle aurait, malgré le statut, été appelée à leur héritage ; qu'il suit de là, et en argumentant de la jurisprudence des cours souveraines du Piémont, ci devant rappelée, que le défendeur ne peut retenir la dot entière, qu'au cas où l'hoirie de la dame Cagna, recueillie par les demandeurs, se compose de biens dont la valeur soit suffisante pour les faire jouir de la légitime ; et qu'en cas négatif, les demandeurs ont droit à prendre leur légitime ou le supplément sur la dot dont il s'agit ;

» Que le point de la difficulté consiste à déterminer la quotité de ladite légitime, c'est-à-dire, si elle doit être fixée d'après les bases du droit romain et des constitutions piémontaises qui étaient en vigueur à l'époque du contrat de mariage, ou bien si elle doit être étendue jusqu'au montant des portions réservées aux enfans par le nouveau Code civil, qui domine à l'époque où s'ouvre la succession ; que les parties n'ont pas pris de conclusions sur ce point; qu'au surplus,

la décision en deviendrait inutile, s'il était prouvé qu'au moyen d'autres biens provenant de l'hoirie maternelle, les demandeurs soient désintéressés,

» Dit avoir été mal jugé, en point de droit, par le jugement dont est appel; émendant, déclare les demandeurs, en cas d'insuffisance des biens dont l'hoirie de leur mère peut être composée, avoir droit à une portion de la dot dont il s'agit; et auparavant que de rendre droit sur la fixation de ladite portion, ordonne que les parties conviendront de la consistance de l'hoirie de la feue dame Cagna, et qu'elles procéderont plus amplement en l'instance, ainsi et comme elles verront à faire...... ».

Les héritiers Cagna se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et l'accusent d'avoir, par une fausse application des textes qui y sont cités du Code civil, violé les dispositions expresses du statut de la ville d'Asti.

Mais, par arrêt du 10 mars 1808, au rapport de M. Coffinhal,

« Considérant qu'il est reconnu, par l'arrêt attaqué, que le statut d'Asti n'était observé, quant à l'exclusion des enfans du premier lit du droit de legitime dans la succession de leur mere remariée, qu'à raison de la privation établie contre la mère, par réciprocité, de tous droits dans la succession des enfans; et que l'exclusion de la mère se trouvant abolie avant le décès de celle ci, par les dispositions du Code civil, l'arrêt attaqué s'est conformé à la jurisprudence des anciennes cours de Piémont, en ne la maintenant plus contre les enfans, auxquels il n'a même adjugé qu'un simple droit de legitime, qui ne portera plus atteinte à la dot recueillie par le second mari, si les autres biens sont suffisans pour la légitime;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

§. IX. *Les enfans adoptifs peuvent-ils, comme les enfans naturels et légitimes, faire réduire les avantages conférés par celui qui les a adoptés, à son second époux?*

V. l'arrêt de la cour de cassation, du 25 avril 1808, rapporté à l'article *Révocation d'adoption*]].

NOIR. *V.* les articles *Esclavage*, *Gens de couleur*, et *Nègre*.

NOIRE (MONNAIE). C'est la monnaie de cuivre, à la différence de la monnaie blanche ou d'argent.

Le chap. 16 des anciennes coutumes de Bourges, recueillies par La Thaumassière, porte: « L'en garde que se aulcun traive en » son fonds monnaie d'or ou d'argent, ou *Noi-* » *re*, qui soit monnoie, elle est à lui: et se il » trouve or ou argent en masse, les gens du » roi veulent dire qu'elle est au roi ».

C'est dans le même sens qu'on appelait une certaine espèce de sous, *nérets*, à la différence des *blancs*, ou des sous argentés. La coutume de Valois, art. 7, dit que sept sous six deniers *nérets* valent quatre sous parisis, et les soixante sous *nérets*, trente-six sous parisis. C'est à quoi il faut bien faire attention dans les amendes et les autres droits fixés en argent par les titres ou par les coutumes.

V. Ducange, au mot *Moneta nigra;* et de Lauriere, au mot *Nérets*. (M. GARRAN DE COULON). *

* NOM. C'est un mot qui sert à distinguer chaque individu.

§. I. *Des différentes espèces de Noms. Règles générales sur la transmission des Noms de famille. Effet de l'emploi de faux Noms dans les actes en matière civile.*

I. Il y avait, chez les Romains, une très-grande différence entre les mots suivans: *Nomen*, *cognomen*, *prænomen* et *agnomen*.

Ils employaient le premier pour désigner le Nom de famille qui était donné à la race commune, et passait à toutes les branches qui en descendaient.

Le second marquait le surnom de chaque branche: on le mettait après le Nom de famille, et on l'appelait *cognomen*, parce qu'il était ajouté et en quelque sorte joint au nom, *quia Nomini adjiciebatur*.

Le troisième était un Nom propre, qui appartenait à un particulier; on le mettait avant le Nom de famille.

Enfin, le quatrième était un surnom qui avait été donné à un citoyen pour une cause particulière. C'est ainsi qu'on disait *Scipion l'Africain* parce qu'il avait subjugué Carthage, métropole de l'Afrique.

En France, on admet plusieurs sortes de Noms. Le Nom de baptême, [[aujourd'hui appelé *prénom*]]; le Nom de famille, [[aujourd'hui appelé simplement *Nom*]]; et le Nom de seigneurie, qui repond au *cognomen* des Romains.

Le Nom de baptême est celui d'un saint, que le parrain et la marraine donnent à l'enfant, quand on le présente au baptême. Ce Nom (ou ces Noms, car on en donne souvent plusieurs), doit être inscrit sur les registres de baptême [[aujourd'hui de l'état civil]]. Il

sert à distinguer les différens citoyens qui portent le même Nom de famille.

Le Nom de famille est celui qui, de père en fils, a toujours été porté par une famille.

Le Nom de seigneurie est celui qui est pris d'une terre ou d'un fief; on l'ajoute à celui de famille. [[*V.* ci-après, n°. 3, et §. 4, n°. 1.]]

II. Les enfans légitimes portent le Nom de leur père. Les enfans légitimés ont le même droit; mais les batards ne l'ont pas. Cependant, lorsqu'ils sont reconnus par leur père, ils peuvent porter son Nom. Augeard rapporte un arrêt rendu au parlement de Paris, sur les conclusions de M. Le Nain, avocat général, le 18 juin 1707, qui l'a ainsi jugé.

Les filles qui se marient, quittent le Nom de leur père, pour prendre celui de leur mari. [[*V.* ci-après, §. 3, n°. 5.]]

III. Les précautions prises pour assurer à chaque citoyen son véritable Nom, ont toujours été regardées comme très-importantes à l'ordre public. Aussi, dans tous les temps, les tribunaux se sont empressés de punir les usurpateurs de Nom.

C'est, en effet, commettre un faux, que de prendre un autre Nom que le sien. Un arrêt du parlement de Paris, du 16 janvier 1778, qu'on trouve dans le *Journal des causes célèbres*, a fait défenses au fils d'un suisse d'Etampes, qui prenait le titre de *comte de Roquelaure*, de porter ce Nom et les armes de cette maison, jusqu'à ce qu'il eût justifié qu'il en était issu

L'art. 211 de l'ordonnance de janvier 1629 enjoint « à tous gentilshommes de signer du » Nom de leur famillle, et non de celui de leur » seigneurie, en tous actes et contrats qu'ils » feront, à peine de nullité desdits actes et » contrats ».

La disposition de cette loi est sans doute très-sage, cependant elle n'a jamais été suivie; l'usage l'a emporté sur la loi, et les tribunaux n'ont jamais déclaré nuls les contrats signés par les gentilshommes du seul Nom de leur seigneurie.

[[*V.* l'article *Signature*, §. 3, art. 4.]]

Si c'est un délit aux yeux des lois d'usurper un Nom pour satisfaire sa vanité, c'est un plus grand crime de signer un autre Nom que le sien, pour se mettre à couvert de l'engagement que l'on contracte reellement sous cette fausse signature

En 1715, un banquier nommé Favre, avait remis au sieur Facio des lettres de change tirées par lui Favre, et endossées en blanc de la signature *Bonneau*, montant à 10,567 livres 10 sous. Ces lettres de change n'ayant point été acquittées à leur échéance, Facio poursuivit le sieur Favre, et le somma de lui indiquer le domicile de l'endosseur *Bonneau.* Favre répondit qu'il demeurait chez lui. Facio, sur cette déclaration, poursuivit et obtint une condamnation solidaire au paiement des lettres de change dont il était porteur, tant contre Favre que contre Bonneau.

Comme les affaires de Favre étaient en désordre, le sieur Facio ne put mettre à exécution la condamnation qu'il avait obtenue contre lui; mais ayant appris dans la suite, que les signatures Bonneau qui étaient sur les lettres de change, y avaient été mises par le sieur Angelini, commis de Favre, le sieur Facio poursuivit Angelini. Ce dernier ayant conteste que les signatures *Bonneau* fussent de lui, on ordonna une vérification des signatures par experts; et d'après la preuve résultant du procès-verbal de vérification, que ces signatures étaient d'Angelini, celui-ci fut condamné à payer au sieur Facio le montant des lettres de change qu'il avait endossées du Nom de Bonneau.

Le sieur Facio, après avoir obtenu cette condamnation contre le faux endosseur, forma opposition au decret d'une maison que M. Anjorrant faisait faire sur Angelini. M. Anjorrant soutint que l'opposition du sieur Facio devait être rejetée. La pretention de M. Anjorrant fut accueillie par une sentence des requêtes du palais; mais, par arrêt du parlement de Paris, du 11 mars 1755, rendu au rapport de M. Pasquier, M. Anjorrant fut débouté de sa demande, et il fut ordonné que le sieur Facio serait payé et colloqué sur le prix de la maison d'Angelini, saisie reellement à la requête de M. Anjorrant. (V. Dessessarts.)*

[[*V.* ci-après, §. 5.]]

*** §. II. *Origine de l'hérédité des Noms de famille ou surnoms. Usages particuliers relativement aux Noms propres ou prénoms. Manières de signer.***

I. Les premiers hommes n'avaient point de surnoms; tels Adam, Eve, Noé, Abraham.

Chez les anciens peuples de l'Asie, les individus n'avaient pareillement qu'un Nom: témoins Cyrus, Xercès, Alexandre, Priam, Hector, Agamemnon, Ulysse, Ménélas, etc.

Tel était également l'usage chez les peuples de la Germanie, qui, sortis du sein de leurs marais, vers le commencement de l'ère chrétienne, inondèrent l'Europe, et renversèrent le colosse de l'empire romain; tout le monde sait, en effet, que nos anciens rois n'avaient que leur Nom propre et individuel, Pharamond, Clovis, Clotaire, Charles, Lothaire

Il a donc été un temps, qui n'est pas même fort éloigné, où les surnoms, qui font aujourd'hui la gloire et l'orgueil des familles, étaient inconnus parmi nous.

Ces surnoms, devenus héréditaires, forment le patrimoine le plus précieux de chaque famille; c'est une espèce de cachet imprimé sur chacune d'elles : le père le transmet au fils par une espèce de substitution : c'est de tous les biens celui qui est le moins dans le commerce; il est également défendu de l'aliéner et de l'envahir.

Le temps où les surnoms se sont établis et sont devenus héréditaires, est, comme nous venons de le dire, assez voisin du nôtre.

La plupart des auteurs réfèrent cette innovation à l'hérédité des fiefs, époque, disent-ils, où les seigneurs prirent les noms de leurs seigneuries, ou leur imposèrent leurs Noms propres. C'est l'opinion, ou si l'on veut, le système de Jean de Tillet, greffier du parlement de Paris, qui dit que les nobles en France, en l'an 987, et sur la fin de la lignée des Carlovingiens, s'attribuèrent des surnoms à cause de leurs fiefs; que les rustiques et les serfs, qui n'étaient pas capables de posséder des fiefs, les prirent du ministère où ils s'employaient, des lieux, des métairies qu'ils habitaient, et des métiers qu'ils exerçaient.

L'historiographe André Duchesne a reconnu dans le premier chapitre de son *Histoire de la maison de Montmorenci*, que les familles nobles n'avaient aucun surnom avant les rois Hugues Capet et Robert, son fils, qui vivaient en 987 et 997; et que, de leur temps, on commença à les prendre des terres principales qu'elles possédaient, mais avec un usage fort confus.

Ainsi, Pierre Mathieu, autre historiographe, nous enseigne que les plus grandes familles de l'Europe ont oublié leurs premiers noms ou surnoms, pour continuer ceux de leurs partages, apanages et successions; c'est-à-dire, qu'ils n'ont pas été d'abord héréditaires.

Jean Le Laboureur de Blerenval, parlant du temps où les noms et les armes ont commencé d'être héréditaires, veut qu'il y en ait peu qui puissent prouver leur descendance au-delà de cinq ou six cents ans; parce que les Noms et les armes n'étaient pas héréditaires, mais seulement attachés aux fiefs que l'on habitait : mais l'on voit dans l'*Histoire d'Harcourt*, liv. 1, que Robert de Beaumont, fils de Roger, sire de Beaumont, et d'Adeline de Meulant, prit le nom et les armes de Meulant, dont il devint comte par succession du comte Hugues, son oncle maternel, et laissa le surnom de Beaumont.

On remarque que les fils de France, en se mariant avec les héritières qui avaient des terres de grands titres, en prenaient les Noms et les armes, comme Pierre de France, en épousant Isabelle, dame de Courtenay.

L'historien Mézerai a écrit que, sur la fin du règne de Philippe II, dit Auguste, les familles commencèrent à avoir des Noms fixes et héréditaires; que les seigneurs et les gentilshommes les prenaient le plus souvent des terres qu'ils possédaient; et les gens de lettres du lieu de leur naissance; que les juifs faisaient de même quand ils se convertissaient, et que les riches marchands les prenaient aussi de la ville de leur demeure.

« Quant à ce qui a donné (selon cet auteur) les surnoms aux roturiers, ç'a été aux uns la couleur des cheveux, l'habitude ou les défauts du corps, la façon des habits, ou l'âge; aux autres, la profession, l'office, le métier; à quelques-uns leurs bonnes ou mauvaises qualités; à plusieurs, la province ou le lieu de leur naissance.

» Néanmoins, pour la plus grande partie, ç'a été quelque Nom propre qui était ordinaire dans leur famille, ou même quelque sobriquet qui a passé à leurs descendans.

» Je m'assure que qui voudra examiner toutes ces choses séparément, assurera qu'il peut s'en rarement trouver d'autre ».

II. Quoi qu'il en soit de l'époque précise à laquelle les surnoms s'établirent et devinrent héréditaires, il est certain que cet usage ne fut d'abord observé, même dans les plus grandes maisons, que par les aînés.

Les puînés quittaient le nom de leur père, de leur maison, pour prendre celui de la principale terre de leur partage, même celui de la femme qu'ils épousaient, ou des terres qu'on leur apportait en dot; et, ce qui n'est pas moins remarquable, ils quittaient jusqu'à leurs armes, de manière qu'il ne restait aucune trace de leur filiation: il y en a plusieurs exemples, même dans la maison régnante.

Hugues, fils puîné de Henri Ier., épousa la fille du comte de Vermandois. Robert et Pierre, fils puînés de Louis-le-Gros, épousèrent, l'un l'héritière de Dreux, l'autre, celle de Courtenay : et ces trois princes prirent non-seulement le Nom, mais les armes de leurs femmes.

Philippe, fils de Philippe Auguste, fut le premier qui s'écarta de cet usage, mais quant aux armes seulement : il épousa l'héritière du comté de Boulogne, et prit le nom de Boulogne; mais il retint les armes de France, qu'il chargea d'un *Lambel*.

Les auteurs qui ont remarqué cette innovation, ajoutent : « Ce qui enhardit Philippe à » ce faire, fut qu'alors la maison de France » commençait d'entrer en plus grande autorité, » comme du Tillet a remarqué, à cause que le » roi Philippe son pere, avait conquis et réuni » plusieurs duchés et comtés, à la faveur des » voyages de la Terre-Sainte, et autres plu- » sieurs bonnes occasions dont il s'était bien su » prévaloir ». (*Loyseau, Traité des ordres*, chap. 7, no. 26).

Tel fut aussi l'usage de la maison des comtes de Champagne. Etienne, frère puiné du comte Thibault, prit, ainsi que sa postérité, le surnom de Sancerre, parceque le comté de Sancerre était tombé dans son partage; mais il retint les armes de Champagne.

Les enfans de Hugues, sire de Lusignan, comte de la Marche et d'Angoulême, Hugues, sire de Lusignan, Guillaume, seigneur d'Angle, Simon, seigneur de Lezay, Geoffroy, seigneur de Valence, prirent tous le surnom des terres de leurs apanages, en conservant toutefois les armes de leur maison.

Les ducs d'Arscot, de la maison des princes de Ligne, ont quitté leur nom et leurs armes, pour prendre ceux de la seigneurie d'Aremberg. Les sires de Beaumont, comtes de Meulant, ont de même abandonné leurs Noms et leurs armes.

Guillaume le Jossu, seigneur de Contay, gouverneur d'Arras, qui mourut en 1467, quitta le Nom et les armes de Robert, son pere, pour le Nom et les armes de Contay, seigneurie qui lui appartenait.

D'autres, en retenant les Noms et les armes de leur maison, changeaient les metaux de leurs armes, pour se distinguer des autres branches.

Un puiné des comtes de Garancières en retint les armes, qui sont de gueules avec trois chevrons d'or, mais en convertissant les chevrons d'or en chevrons d'argent.

Une branche de la maison d'Ailly, en prenant le Nom de Saint, conserva les armes d'Ailly, mais en y ajoutant une face d'or.

On trouve quantité d'exemples de personnes qui ont pris le Nom et les armes de leurs femmes ou de leurs mères.

Guillaume, comte d'Eu, épousant la fille de Renaud, comte de Soissons, en prit le Nom et les armes.

Jean, seigneur de Glimes, épousa Jeanne de Berghes, dont une branche a porté le Nom et les armes de Berghes, et l'autre a continué le Nom et les armes de Glimes.

Pierre de Verchin, sénéchal de Hainaut, chevalier de la Toison d'or, n'ayant point de lignée masculine, mais seulement deux filles, en maria une, nommée Yeulan, à Hugues de Meulun, à la charge de porter le Nom et les armes de Verchin.

Jean Scobier, *Traité et comportement des armes*, chap. 14, rapporte que Jean, seigneur de Wellincourt et de Cisoing, sénechal de Hainaut, dernier mâle de sa famille, fut tué à la bataille d'Azincourt, en 1413, et laissa sa sœur héritiàre, qui porta, avec ses seigneuries, le Nom et les armes de sa maison a Jean de Barbançon, seigneur de Jeumont, son mari. Ainsi, Jean de Barbançon, par ordonnance du duc Philippe-le-Bon, de Bourgogne, releva le Nom et les armes de Verchin, qu'il prit et porta; mais n'ayant point d'enfans, Jacques de Barbançon, son frère puiné, laissant son Nom et ses armes, prit ceux de Verchin, aux mêmes conditions qu'avait fait son frere.

En Bretagne, Alain de Vitré, fils puiné de Robert III, baron de Vitré, et Anne de Dinan, laissa le Nom et les armes de Vitré, pour prendre ceux de Dinan.

Ainsi, Jean de Montfort, seigneur de Kergoray, prit le nom et les armes d'Anne de Laval sa femme; sa postérité en fit de même.

Ainsi, Pierre de Laumens prit le nom et les armes de Lenaise de Boiseon, son épouse; et Eon de Boiseon, leur fils, avait une fille unique, Marguerite, dame de Boiseon, qui porta ce Nom a Hervé de Coatodres, son mari, lequel en eut Hervé, qui continua en 1402 le Nom et les armes de Boiseon.

On remarque dans la maison de Berrie, en Loudunois, que Marguerite, héritiere d'Amboise, et femme de Renaud, seigneur de Berrie, porta à Jean, leur fils, le Nom et les armes d'Amboise en Touraine.

Hugues de Geneve, fils puiné d'Amé II, comte de Genève, épousa l'héritière de la baronnie d'Authon en Dauphiné, dont il prit le Nom et les armes, que leurs enfans portèrent pareillement, en quittant ceux de Genève.

Marthe de la Chambre, héritière de la maison des comtes de la Chambre, de Savoie, epousa Jean, seigneur de Bajat, dont les successeurs prirent le Nom et les armes de la Chambre, en abandonnant ceux de Bajat.

Les enfans de Jeanne de Montlaur et de Hugues, seigneur de Maubec, son mari, vivant en 1433, portèrent le nom et les armes de Moutlaur; et, à leur imitation, les enfans de Floride de Montlaur et de Jean de Vese, baron de Grimaut, son mari, firent de même.

Archambault de Bourdeille, fils d'Arnaud

et de Brunissent de Montbron, vivant en 1478, prit le Nom et les armes de Bergerac du côté des femmes.

Entre les exemples de ceux qui ont pris les armes de leurs meres, je rappelerai

Que Robert VII, seigneur de la châtellenie de Bethune en 1226, prit les armes de la maison de Termonde, à cause de sa mere;

Qu'Enguerrand de Guines, second fils d'Arnould III, comte de Guines, ayant succédé aux biens d'Alix de Couci, sa mere, prit le nom et les armes de Couci;

Que Pierre de Mortagne, seigneur de Landas, fils de Baudouin, seigneur de Mortagne, et de Béatrix, dame de Landas, vivant en 1296, prit le nom et les armes de Landas, à cause de sa mere;

Et que Jacques de Monthoisier, institué héritier de la terre de Canillac et du comté d'Alex, par son grand oncle maternel, frère d'Isabeau de Beaufort, sa grand'mere, en prit le Nom et les armes.

Entre ceux qui ont quitté leur Nom, et qui ont retenu leurs armes, on voit Guillaume de Verno, cadet des barons de Parthenay; il prit le Nom de Verno du côté maternel, en quittant le Nom d'Archevêque, propre aux mâles de la maison de Parthenay, et il en retint les armes.

Il y en a d'autres qui portent toujours leur Nom, mais d'autres armes, comme fit le descendant de Gauthier Flechelles, seigneur d'Auberville, et de Blanche de Caux, dame du Verbosc, qui quitta ses armes, et prit l'écu de Caux.

Il y en aussi qui ne retinrent ni leur Nom ni leurs armes, ainsi que Philippe de Vendôme, fils de Bouchard, comte de Vendôme, vivant en 1289, lequel épousant Yolande d'Illiers, fille de Geoffroy, sire d'Illiers en Beausse, il fut dit, par le contrat d'institution, rapporté dans les memoires d'André Duchesne, que Jean, leur fils, prendrait le Nom et les armes d'Illiers.

Du nombre de ceux qui ont retenu leurs armes avec celles de leurs femmes, a été Louis de Châteauneuf, baron de Joyeuse, qui conserva ses armes avec une brisure, parcequ'il était puiné, et prit en même temps les armes de Tiburge de Saint Didier, qu'il épousa en 1379.

Il y a des familles qui ont porté le Nom et les armes de la première femme de leurs pères, sans en être sorties. Guillaume Camdenus, *in suâ Britanniâ, sub titulo Brigantes rubricâ Cumberland*, rapporte que la fille du dernier seigneur de Lucy fut mariée à Henri de Percy, comte de Northumberland; qu'elle fit ses héritiers les enfans qui sortiraient de son mari, à la charge de porter le Nom et les armes de Lucy, conjointement avec celles de Percy; ce que la postérité de ce comte observa religieusement, encore qu'elle fût sortie du mariage d'une autre femme.

III. L'usage où sont les femmes de porter et de conserver le Nom de leurs maris, remonte au treizième siècle; mais il paraît qu'alors cette coutume n'était établie que dans les grandes maisons.

IV. La reconnaissance des Noms, leurs variations, la maniere dont on les écrivait dans les différens siecles, forment une des parties les plus importantes de la diplomatique.

Dans tous les temps, nos rois, comme aujourd'hui, n'ont jamais signé que leur Nom de baptême.

Les evêques ont imité cette coutume. Dans les plus anciens actes, on ne voit que leur Nom de baptême avec celui de leur évêché: les premiers qui ont ajouté leurs Noms de famille dans leurs souscriptions, sont Archambaud de Sully, archevêque de Tours en 986, et Regnaud de Vendôme, évêque de Paris en 988. [[*V.* l'article *Signature*, §. 3, art. 4.]]

Les papes n'ont pas toujours changé de Nom à leur avénement au pontificat. L'abbé Fleury croit que Sergius IV, couronné l'an 1009, est l'auteur de cette innovation; il s'appelait Pierre, et l'on dit qu'il abdiqua ce Nom par respect pour le saint apôtre, chef de la dynastie des papes. Dom Mabillon fait remonter cet usage jusqu'au pape Adrien III, qui se nommait *Agapit*. Ce que l'on peut regarder comme certain, c'est que, dans le cours du onzième siècle, cela passa en coutume; et depuis, à l'exception de Marcel II, tous les papes ont suivi cette coutume.

L'usage d'annoncer le rang que les rois et les papes ont tenu parmi les prédécesseurs du même Nom, n'est pas fort ancien; il ne remonte guère, à l'égard de nos rois, au-delà du quatorzième siecle; pour les papes, il est plus ancien; on trouve cette distinction dès le neuvieme siècle dans les bulles des papes; et même vers le milieu du onzieme siècle, les papes mirent cette précision de second, troisirme, quatrieme du Nom sur les sceaux; il a même été un temps où les évêques avaient adopté cet usage. Selon Muratori, on ne trouve cette distinction, ni pour les papes, ni pour les princes de l'Europe, avant le neuvieme siecle.

V. Les Noms propres, principalement sous la première race de nos anciens rois, étant celtiques ou germains d'origine, étaient très-diffi-

ciles à mettre en latin; de là vient qu'un seul Nom avait quelquefois six et sept dénominations différentes : on voit le Nom de Henri Ier. diversement écrit dans les différens diplômes de ce prince. Si l'on variait sur l'orthographe du Nom du souverain, doit on s'étonner de voir dans les anciennes chartes, le même Nom écrit de plusieurs manières différentes?

VI. Une chose qui n'est pas moins étonnante, c'est de voir le même individu signer à la même époque des Noms différens: un évêque d'Angers signait indifféremment *Eusebius* et *Bruno*; un évêque de Langres, *Hugues* et *Renauld*; un comte de Toulouse et duc d'Aquitaine, tantot *Raymond* et tantot *Pons*.

VII. Ce n'est que dans les derniers siècles, que l'on a commencé à mettre dans les actes les Noms de famille des femmes; auparavant on ne les désignait que par leurs Noms de baptême.

VIII. A l'égard des hommes, l'usage s'introduisit, vers le onzième siècle, de ne les désigner que par la première lettre; au douzième siècle, rien de plus fréquent que les Noms écrits par la seule lettre initiale; cet usage a duré jusqu'au seizième siècle : des copistes ignorans ont frequemment pris la liberté d'interpréter ces lettres initiales, et d'écrire en entier dans leurs copies le Nom qu'ils supposaient être le véritable; c'est ainsi qu'il arrive souvent que des copies de chartes paraissaient fausses, quoique les originaux soient irréprochables.

[[§. III. *Est-il permis à tout particulier, soit de changer de Nom à son gré, soit d'y ajouter le mot* de ou du? *Peut-on même, avec la permission de l'autorité publique, prendre le Nom d'une famille à laquelle on est étranger? Arrêt célèbre sur une usurpation de Nom.*

I. Dans le droit romain, les changemens de Noms, de prénoms et de surnoms, étaient absolument libres; ils n'étaient répréhensibles que lorsqu'ils étaient motivés par quelque intention frauduleuse. *Sicut in initio Nominis, cognominis, prænominis recognoscendi singulos impositio libera est privatis, ità eorum mutatio innocentibus periculosa non est. Mutare itaque Nomen, vel prænomen, sive cognomen, sine aliquâ fraude, licito jure, si liber es, secundùm ea quæ sæpè statuta sunt, minimè prohiberis, nullo ex hoc præjudicio futuro.* Ce sont les termes d'un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, qui forme la loi 1, C. *de mutatione nominis.*]]

II. Il fut un temps en France, où, conformément à cette loi, on changeait de Nom sans aucune solennité.

La preuve s'en tire des registres de la chambre des comptes. Jean Duboulay y est qualifié conseiller du roi, et fils de Jean Paumier, bourgeois de Paris, et maitre de la monnaie en 1344, sous le regne de Philippe de Valois.

Ainsi, Henri le Corne, premier président au parlement, chancelier de France, prit le Nom de Marle, en quittant celui de sa famille sans aucune permission; il fut tué a Paris avec le connétable d'Armagnac, par les Bourguignons, en 1458.

Ainsi, Guillaume Juvénal, aussi chancelier en 1441, prit le Nom des Ursins, sans avoir eu lettres du prince; et les descendans de Jean le Boulanger, premier président du parlement en 1471, portèrent le Nom de Montigny.

De même, les descendans de Thierri de Bevère, vivant en 1339, prirent le Nom de la châtellenie de Dixmude : et les prédécesseurs de Jean Blainville, de Gilbert de la Fayette, de Claude Dennebaud, de Roger de Bellegarde, et d'Antoine duc de Grammont, maréchaux de France en 1374, 1421, 1541, 1575 et 1641, quittèrent leurs Noms primitifs de Mauquenchy, de Mothier, Dubois, de Saint-Lary et d'Aure, sans aucune solennité.

III. Mais comme cette licence de changer ainsi de Nom et d'armes, produisait les plus grands abus, le roi Henri II y remédia par une ordonnance donnée à Amboise le 26 mars, avant Pâques, 1553, art. 9. Elle porte expressément que, *pour éviter la supposition des Noms et des armes*, défenses sont faites à toutes personnes de changer leurs Noms et leurs armes, sans avoir obtenu des lettres de dispense et permission, à peine de 1000 livres d'amende, d'être punis comme faussaires, et être exautorés et privés de tout degré et privilege de noblesse (1).

Pour obvier à cette loi, Jacques Miette obtint des lettres du roi Henri IV, en mars 1603, enregistrées au parlement de Normandie le 9 juillet suivant, qui lui permirent de quitter son Nom, en prenant celui de Lauberie. Jacques Thorel en obtint aussi pour s'attribuer le Nom de Castillun. C'est ce que firent pareillement Louis Dollebert, pour s'appeler Philippe : et François Mignot, pour prendre celui de Bougueren.

(1) [[Cette ordonnance n'a jamais été enregistrée. *V.* le plaidoyer du 13 janvier 1813, rapporté aux mots *Promesse de changer de nom.*]]

Ce fut apparemment dans cette vue que les états-généraux, assemblés à Paris en 1614 et 1615, proposèrent dans le 162e. article de leurs cahiers, qu'il fût enjoint à tous gentilshommes *de signer en tous actes et contrats du Nom de leurs familles, et non de leurs seigneuries, sur peine de faux et d'amende arbitraire*.

C'était aussi avec beaucoup de raison que le président Barthélemi Chasseneux disait qu'il était défendu de changer de Nom sans l'autorité du prince. *mutatio Nominis videtur prohibita sine scitu principis, ratione legis eos*, §. qui se pro milite gessit, D. de falsis; *sed illa est licita*, dit cet auteur, *quæ damnum et fraudem alteri non infert*.

IV. La défense de changer de Nom sans la permission du roi, renferme celle d'ajouter, sans la même permission, au Nom que l'on porte, l'article *de* ou *du*.

Jean Loir, commissaire général de l'artillerie et de la marine du Ponant, obtint la permission d'ajouter à son Nom l'article *du*, par lettres-patentes du roi Henri IV, données en avril 1598; et le roi Louis XIII, par lettres du 2 mai 1613, accorda une pareille grace à Ambroise Vie, sieur du Mesnil-Caujon et de Saint-Quentin de la Roche, controleur du domaine en Normandie, en lui permettant de devancer son Nom de la particule *du*. Celui-ci fit vérifier et enregistrer ses lettres au parlement, à la chambre des comptes et dans le bailliage de son ressort. Cela doit être toujours observé.

Cependant, dit Loyseau, *Traité des ordres*, chap. 11, no. 39 et 60,

« Il y a un peu d'excuse en la vanité de nos modernes porte-épées, qui n'ayant point de seigneurie dont ils puissent prendre le Nom, ajoutent seulement un *de* ou un *du* devant celui de leurs peres, ce qui se fait en guise de seigneurie; car c'est pour faire un génitif possessif, au lieu du nominatif, ainsi que les Italiens nous le font bien connaitre, et pareillement les Gascons, ès Noms des gens de lettres qu'ils terminent communément en *I*, les mettant au genitif latin. Comme pour exemple, on appelait de mon temps à Tholose ce docte president Dufaur, qui a si bien écrit, le président Fabri. Or, comme Fabri en latin, aussi Dufaur en français, est un genitif; et quand on dit Pierre Dufaur, il faut sous-entendre par nécessité le Nom de seigneur, ou quelque autre qui se puisse lier à ce genitif, comme quand en latin on dit *Petrus Fabri*, il faut suppleer ce mot *dominus;* autrement, ce serait une incongruité contre cette règle de grammaire, qu'on appelle la règle d'apposition.

» Ceux qui mettent ces particules au-devant de leur Nom, veulent qu'on croie que leur Nom vient de quelque seigneurie qui était d'ancienneté en leur maison; de sorte que c'est toujours s'attacher à la terre, et la préférer à l'homme, contre la raison de la loi *Justissimè*, D. *de ædilitio edicto*, et contre la règle de Cicéron aux Offices, que *non domo dominus, sed domino domus honestanda est*. Mais quoi! Notre nouvelle noblesse ne pense pas que ceux-là soient gentilshommes, dont les Noms se sont annoblis par ces articles ou particules, combien que les Noms témoignent que jadis les plus notables familles de ce royaume ne les avaient; mais cela est venu de degre en degré, comme l'ambition croît toujours ».

V. La question la plus intéressante de cette matiere, est celle de savoir si la femme ou la mere peuvent communiquer à leurs maris ou à leurs fils leurs Noms et leurs armes; et si le roi peut, par des lettres patentes, autoriser cette transmission de Noms, lorsqu'il existe des males de la famille.

Cette importante question se décide par quelques principes universellement reconnus: le premier, que le Nom et les armes d'une famille appartiennent à la famille, privativement et à l'exclusion de tout autre; le second, que les enfans ne sont point de la famille dont leur mere est issue, parcequ'une femme est le commencement et la fin de sa famille, et que les enfans suivent la famille du père, et non celle de la mere.

Il y a, dans les familles, des biens de qualité fort differente:

Les uns, comme les terres et d'autres de pareille nature, tombent dans le commerce; et comme les particuliers de la famille qui la possèdent, en sont seuls proprietaires, ils ne peuvent être possedés par leurs descendans, sans titre, ou universel, comme est celui d'héritier, ou singulier, comme est celui de donataire ou d'acquéreur. Ces biens diminuent par les partages, ou sortent de la famille par les aliénations.

Les autres, au contraire, comme le Nom et les armes, le rang, la noblesse, ne tombent point dans le commerce; ils sont inaliénables et incessibles: ce n'est point par le titre d'héritier, ni par celui de donataire qu'on les possede; il faut, pour y avoir droit, descendre par les males de ceux qui en ont joui; c'est le seul bien independant des caprices et des révolutions de la fortune; ce sont ces restes precieux de la vertu et de la gloire des pères, qui excitent dans leurs descendans, une noble et généreuse ardeur de les imiter: c'est ce qui à fait dire à un des plus anciens et des plus

célèbres interprètes du droit romain, que, dans le Nom et dans les armes des nobles, réside principalement la mémoire d'une maison et la splendeur d'une race (1); et, comme ces biens appartiennent en commun à toute la famille, chaque particulier qui la compose, y a droit, comme étant de la famille; mais nul, par la même raison, n'a le pouvoir de les aliéner ou de les communiquer à une famille étrangère, au préjudice et sans le consentement de toutes les personnes de la famille à qui ils appartiennent.

C'est sur cette raison fondamentale que sont appuyées les règles du droit des armes, contenues dans les livres de ceux qui ont traité ce sujet. Ces règles tendent toutes au même but, qui est de conserver aux maisons ce bien inaliénable; et elles vont jusqu'à marquer en détail les distinctions que les membres de chaque famille doivent garder entre eux à cet égard.

Selon l'usage général de France, attesté par Loyseau, *Traité des ordres*, chap. 7, n°. 37, par Hœping, *de jure insignium*, chap. 7, § 7, et par Dumoulin, sur l'art. 301 de la coutume du Bourbonnais, l'aîné seul a droit de porter le cri et les armes pleines; les puînés ne les peuvent porter sans quelque différence, qu'on appelle *brisure*. Cet usage est si inviolablement observé, que, par un ancien arrêt du 9 mai 1499, rapporté par Expilly, §. 163, des puînés furent condamnés à quitter les armes pleines, et à y mettre les différences ordinaires, quoiqu'ils eussent une possession de soixante années.

Les filles, par le mariage, sortant de leur famille, en perdent tous les avantages, le Nom, les armes, le rang, la noblesse.

Elles perdent la noblesse, si elles se marient à un roturier: elles perdent le rang qu'elles avaient avant le mariage, si le mari qu'elles épousent, n'a pas droit d'en jouir. Marguerite de Rohan en est un exemple; elle eût perdu son rang de princesse par son mariage avec Henri de Chabot, si le roi ne lui eût fait la grâce de le lui conserver par un brevet expédié avant son mariage.

Leur Nom se perd aussi par le mariage, et ne se communique point à leurs enfans, qui suivent toujours la condition du père, et non celle de la mère; elles prennent le Nom de leur mari, et les enfans celui de leur père; et si elles conservent les armes de leur famille, c'est précisément pour faire connaître de quel sang elles sont issues; mais afin que cela ne cause point de confusion et de trouble, elles ne les peuvent jamais porter seules, elles sont obligées de placer celles de la famille de leur mari au côté droit, et celles de leur propre famille qu'elles quittent, au côté gauche.

De ces règles et de ces notions simples, que l'usage a rendues communes, et qui font voir si clairement combien les familles nobles ont été jalouses de leur Nom et de leurs armes, on peut tirer trois conséquences:

La première, que les familles ont un droit et un intérêt essentiel d'empêcher que leurs armes ne soient communiquées à une maison étrangère;

La seconde, que nul particulier de la famille n'est en pouvoir de disposer de ce bien, qui est commun à tous ceux qui la composent,

La troisième, qu'une femme de la famille a bien moins de pouvoir que les autres, elle qui, en se mariant, perd, par le mariage même, le droit qu'elle a pu avoir au Nom, aux armes, au rang et à la noblesse de la maison paternelle.

A ces principes s'en joignent encore d'autres au nombre de quatre:

Le premier, que le Nom et les armes d'une famille noble appartiennent à la famille, privativement et à l'exclusion de tout autre:

Le second, que les enfans ne sont point de la famille dont leur mère est issue, mais de celle du père; qu'ainsi, la mère ne peut communiquer son Nom et ses armes à ses enfans, lorsqu'il y a des mâles de sa famille qui s'y opposent;

Le troisième, qu'une mère ne peut imposer à son fils la condition de porter son Nom seul et ses armes seules, sans lettres du souverain qui permettent de changer de Nom;

Le quatrième, que les lettres étant toujours accordées sous cette condition sous-entendue pourvu que cela ne préjudicie pas au droit acquis à un tiers, ne s'exécutent point, lorsqu'il y a des mâles intéressés qui s'opposent à ce changement.

Le premier de ces principes est établi sur le sentiment des auteurs et sur les lois.

Alciat, sur la loi 196, D *de verborum significatione*, pose comme un axiome indubitable, qu'un fils suit la famille de son père et non celle de sa mère; d'où il tire cette conclusion aussi certaine que l'axiome, que le fils d'une mère noble, n'est pas noble, si le père ne l'est pas, parceque, la noblesse vient du père seul. De ces deux règles, il conclud qu'un fils ne peut pas porter les armes de la famille de sa mère, et qu'il n'y a que le prince qui puisse lui accorder cette grâce.

De Prœlis, dans le savant traité qu'il a fait sur les substitutions, suit le même sentiment

(1) *In armis et nomine nobilium remanet principalis domûs memoria et splendor genturæ.* Balde, sur la loi première, C. *pro socio.*

et décide que le prince seul peut ordonner qu'un fils suive la famille de sa mère, parce-qu'il est contre le droit qu'un fils porte le Nom de sa mère, et que, pour les honneurs de la famille, il suit la condition du pere et non celle de la mère.

Christyn, chancelier de Brabant, dans son commentaire sur l'edit des armoiries, donné par les archiducs Albert et Isabelle en 1616, art. 2, nº. 40, décide pareillement qu'on ne peut, sans lettres du prince, faire porter à un fils le Nom et les armes de sa mere : *nemo prœter principem potest constituere ut filii originem sequantur matris, et non patris.*

Les règles de la jurisprudence française sont conformes au sentiment de ces auteurs.

Dufail, conseiller au parlement de Bretagne, dans le Recueil qu'il a donné des arrêts de ce parlement, en rapporte deux du 28 septembre 1564, par lesquels il est ordonné qu'avant d'enregistrer les lettres-patentes obtenues par deux personnes pour changer de Nom, ces lettres seront lues et proclamées à l'issue de la grand'messe de la paroisse, dont les personnes qui voulaient changer de Nom, étaient originaires, au prochain marché, jours de plaids généraux, et au plus prochain siége royal.

Il y a une preuve de cette règle dans les lettres-patentes accordées par Charles IX au cardinal de Créqui, au mois de novembre 1572, et enregistrées au parlement de Paris, le 23 du même mois.

Le cardinal de Créqui n'avait qu'une sœur, appelée *Marie de Créqui*, sa seule et unique héritière présomptive, mariée à Philibert de Blanchefort; il fit une donation considérable de plusieurs terres, et entre autres, de la terre et seigneurie de Créqui, à Antoine de Blanchefort, fils aîné de sa sœur : cette donation fut faite par le contrat de mariage d'Antoine de Blanchefort, à la charge que ce seigneur, neveu du cardinal, porterait le Nom, cri et armes de la maison de Créqui, suivant l'intention des prédécesseurs du cardinal de Créqui, avec substitution aux aînés mâles.

Mais, comme il appartient au seul souverain de permettre le changement de cri, Nom et armes des grandes et illustres maisons, Antoine de Blanchefort eut recours à l'autorité du roi Charles IX, pour prendre le cri, Nom et armes de Créqui; ce qui fut accordé par lettres-patentes du mois de novembre 1572. Les lettres sont en ces termes : *Mais d'autant qu'à nous seuls appartient de permettre la mutation et changement de cri, Nom et armes des grandes et illustres maisons, comme sont les maisons de Créqui et de Blanchefort, il nous a très-humblement supplié et requis, comme aussi fait ledit Antoine de Blanchefort, son neveu, lui vouloir permettre de laisser le cri, Nom et armes de sa maison originaire de Blanchefort, pour, en considération et aux fins ci-dessus, prendre le Nom et les armes de Créqui.*

Il n'y a point là de terme qui ne porte, et qui ne mérite d'être attentivement observé.

Le second principe n'est pas moins facile à établir.

L'intention du souverain n'est point de préjudicier par des lettres-patentes au droit acquis à un tiers; il y en a plusieurs lois précises : et telles sont notamment la loi 2, §. 4 et 16, D. *ne quidquid in loco;* la loi 6, D. *de jure aureorum annulorum;* et la loi 2, D. *de natalibus restituendis.* La loi 39, D. *de adoptionibus*, décide sur le même fondement que l'adoption confirmée par lettres du prince, ne pouvait avoir lieu qu'après avoir entendu ceux qui avaient intérêt à s'y opposer : *Quod desideras an impetrare debeas, œstimabunt judices adhibitis his qui contradicent, id est, qui lœderentur confirmatione adoptionis.*

Après l'établissement de ces deux principes, il reste, suivant l'ordre proposé, de rapporter le sentiment des auteurs qui ont décidé que la condition imposée de porter le Nom et les armes, ne peut avoir lieu lorsqu'il y a des mâles du Nom et des armes qui s'y opposent.

Boyer, président au parlement de Bordeaux, qui a recueilli les arrêts du même parlement, décide, §. 146, nº. 6, que, quand il y a des mâles du Nom et des armes, on ne peut imposer à d'autres la condition de porter le Nom et les armes : *Quibus stantibus et suis descendentibus masculis dicta conditio de Nomine et armis deferendis non potest fieri; sed illis de agnatione et familiâ, quibus jure successorio debentur Nomen et arma, deficientibus, benè potest aliis fieri.*

Chasseneux, président au parlement d'Aix, décide de la même manière : *Quod intelligendum est fieri posse, ubi non est alius de familiâ, cui jure successorio Nomen et arma deberentur.*

Christyn, à l'endroit cité, §. 38, suit le même sentiment : *Observandum tamen est illas Nominis armorumque impositiones, tum demùm fieri posse, ubi non sit alius de familiâ, cui jure successorio idem Nomen et eadem arma debeantur, aut nisi omnes de eo consensum ferant; aliàs enim hœc impositio et assumptio illicita.*

Hœping, dans son Traité du Droit des Ar-

moiries (*de jure insignium*), dans lequel il a approfondi les plus importantes questions, décide aussi que, quand il y a des mâles du Nom et des armes, on ne peut imposer à d'autres la condition de porter le Nom et les armes.

Même langage dans le *Traité des Substitutions des maisons illustres*, par un célèbre auteur allemand, Knipschile.

Jean Schohier, dans son *Traité de l'état et comportement des armes*, imprimé en 1597, propose la question de savoir si le chef d'une maison, n'ayant point d'enfans mâles, peut, par le contrat de mariage, faire porter son Nom et ses armes au fils aîné de sa fille aînée, y ayant d'autres mâles du Nom et des armes; et il répond, chap. 15, qu'il ne le peut; que l'aîné des mâles du Nom et des armes portera les armes pleines; et que le fils de sa fille aînée ajoutera seulement aux armes de son père celles de sa mère.

Anne, vicomtesse de Rochechouart, fut mariée, sous Louis XI, à Jean de Pontville, à condition que leurs enfans prendraient le Nom et les armes de Rochechouart : elle était fille de Foucault, vicomte de Rochechouart, aîné du Nom et des armes.

Mais, comme il y avait des mâles du Nom et des armes de Rochechouart, on ne souffrit pas que les enfans de Jean Pontville et d'Anne de Rochechouart prissent le nom et les armes de Rochechouart.

Il y en a trois preuves constantes.

La première est, qu'après la mort de Foucault de Rochechouart, père d'Anne, mort sans enfans mâles, les armes pleines sont tombées à l'aîné des Rochechouart de la branche de Mortemart, qui portait une panthère sur ses ondes pour différence : la preuve de ce fait est rapportée au tome 3, page 586 de l'*Histoire de saint Martial*.

Le même fait est attesté par Adam de Sichard, dans l'*Histoire généalogique de la maison de Rochechouart*.

La deuxième est que François de Pontville, issu de ce mariage, ne porta point le Nom et les armes de Rochechouart et s'appelait François de Pontville, vicomte de Rochechouart : on dit de Rochechouart, à cause qu'il possédait le vicomté de Rochechouart, comme il est marqué au même endroit de l'*Histoire de saint Martial*, à la page 589 du même livre.

La troisième est que les seigneurs de Rochechouart, de la branche de Mortemart, n'ont jamais permis à François de Pontville de prendre d'autre Nom que celui de Pontville, et non de Rochechouart. C'est ce qui est dit à la fin de la page 586 : et en effet, François de Pontville et ses enfans ayant voulu prendre le Nom et les armes de Rochechouart, le même auteur s'explique en ces termes à la page 389 : « Car, encore qu'ils eussent eu » permission et commandement au mariage » de Jean de Pontville, père de François, » avec Anne de Rochechouart, héritière unique de Foucault, de prendre le Nom et les » armes de Rochechouart, ceux de Mortemart » poursuivirent si vivement François de Pontville et les siens, qu'ils furent obligés de » quitter le nom et les armes de Rochechouart, et garder seulement le Nom de » Pontville ».

Adam Richard, à la page 12, atteste le même fait en ces termes : « Avec ledit Pontville, il y eut plusieurs procès et différends » finalement terminés par accord, en tous lesquels les seigneurs de Mortemart n'ont permis que ledit sieur vicomte ait pris autre » nom que celui de Pontville; c'est pourquoi » je ne poursuivrai plus long temps de la » branche des vicomtes, pour être le Nom de » Rochechouart demeuré au seigneur de Mortemart, chef des armes ».

Le témoignage de cet auteur est d'autant plus considérable, que son livre est dédié à Gaspard de Rochechouart; qu'Adam de Sichard avait été trente deux ans au service de la maison; et qu'il dit, dans son épître dédicatoire, que ce qu'il a écrit, ne peut être révoqué en doute, parce qu'il est justifié par les originaux des titres qu'il a fidèlement extraits.

Voilà un exemple célèbre dans une maison illustre; exemple sur une contestation portée en justice; exemple qui mérite d'autant plus d'attention, que les trois circonstances qui viennent d'être expliquées, appuyées sur des témoignages non suspects, ne peuvent pas être révoquées en doute.

A ce premier exemple, on en ajoute un autre, qui n'établit pas moins bien la règle qui s'observe en France, quoique le cas soit différent. Par la disposition des lettres patentes du mois de novembre 1562, dont on a déjà parlé, Charles IX permet et octroie à Antoine de Blanchefort de prendre et porter dorénavant à toujours le cri, le Nom pur et simple et les armes pleines de la maison de Créqui, sans que lui ni sa postérité puisse ou doive porter à l'avenir d'autre Nom ni armes. Mais comme cette permission leur eût été inutile, si les mâles du Nom et des armes de Créqui s'étaient opposés à ce changement, le roi ajoute : « Nonobstant qu'aucuns descendus de » quelque puîné de la maison de Créqui, le » voulussent contredire et empêcher; ce que

» nous avons prohibé et défendu, prohibons » et défendons; leur permettons toutefois de » continuer de porter pareil Nom et armes, » qu'ils ont accoutumé de porter, et non autres ». Ce sont les termes des lettres.

Il résulte de ces deux exemples, que la condition imposée dans une donation, par contrat de mariage, de quitter son Nom et ses armes pour prendre le Nom et les armes du donateur, ne peut avoir effet sans lettres du prince; que les lettres du prince n'empêchent pas les mâles du Nom et des armes de s'opposer à ce changement, si le prince, par une défense et une prohibition, n'oppose aux mâles des autres branches la nécessité absolue de souffrir ce changement.

L'application de ces exemples se fait d'elle-même à la question que nous discutons. Ainsi, lorsqu'un individu n'a point de lettres patentes qui l'autorisent à prendre le Nom et les armes d'une maison, il ne peut pas le faire; et quand il en aurait, le droit que les mâles de cette maison auraient de s'opposer à l'effet de ces lettres, subsisterait jusqu'à ce qu'il leur fût ôté par défenses expresses du souverain.

Si l'on parcourt l'histoire des grandes maisons; on voit, à la vérité, beaucoup d'exemples de femmes qui ont donné leur nom à leurs maris, et de fils qui ont pris celui de leur mere; mais, dans presque tous ces exemples, on voit qu'il n'y avait plus de males de la maison, ou que ceux qui existaient, avaient consenti que leur Nom passât à une famille étrangère.

Lorsque Pierre de France, sixième fils de Louis-le-Gros, prit le Nom et les armes de Courtenay, il n'y avait point de mâles dans la maison de Courtenay.

Lorsqu'Archambaud de Grailli prit le Nom de Foix, par son mariage avec Isabelle de Foix, il n'y avait point de mâles du Nom de Foix.

Lorsque Charles, fils de François, comte de la Rochefoucault, et de Charlotte de Roye, comtesse de Roucy, prit le Nom et les armes de sa mère, il ne restait plus de males du Nom et des armes de Roye; Charles, dernier mâle du nom de Roye, ne laissa que deux filles, dont l'une fut mariée à Louis de Bourbon, prince de Condé, et l'autre à François de la Rochefoucault.

Il en est de même des exemples de Beon de Macé, d'Albert, de Clermont-Tonnerre, de Montmorency, qui ont pris le Nom de Luxembourg par les femmes; il n'y avait plus de mâles du Nom et des armes de Luxembourg.

Lorsque la maison de Crevant a pris d'une femme qui y est entrée, le Nom et les armes d'Humières, et que le deuxième fils du duc d'Aumont a pris le Nom et les armes d'Humières-Crevant, il n'y avait point de mâles d'Humières.

Lorsque Matthieu de Montmorency épousa l'heritière de Laval, et qu'il en prit le Nom, il n'y avait point de mâles.

Lorsque Léon d'Illiers fut institué héritier de la maison d'Entragues, par Charlotte d'Entragues sa mère, à condition de porter le Nom et les armes d'Entragues, les deux branches d'Entragues ne pouvaient s'y opposer: celle d'Entragues-Montaigu était finie à Anne, fille unique; la branche d'Entragues-Clermont finissait aussi à Henri d'Entragues, qui n'avait que des filles de son mariage avec Louise l'Huilier.

Dans le contrat de mariage de François de Bourbon, comte de Saint-Pol, avec Adrienne Destouteville, du 9 février 1534, Jean Destouteville, seigneur de Vilbon, qui avait seul intérêt de s'opposer, comme mâle du Nom et des armes, donna son consentement, et signa le contrat de mariage. Il est rapporté au quatrième volume de l'histoire d'Harcourt.

Dans le contrat de mariage de Charles de Blois avec Jeanne de Bretagne, nièce du duc Jean, héritière présomptive du duché, par représentation de Guy de Bretagne, son pere, du 4 juin 1337, il fut stipulé que Charles de Blois porterait le Nom et les armes de Bretagne; et ils furent déclarés héritiers présomptifs du duché.

Mais Jean de Bretagne, comte de Montfort, frère du duc Jean troisieme, seul mâle du Nom et des armes, consentit à cette condition.

Il est vrai qu'après la mort du duc Jean, il révoqua son consentement, et qu il pretendit exclure sa nièce de la succession du duché; mais sa prétention fut condamnée par le celebre arrêt donné à Conflans, le 17 septembre 1341, par le roi Philippe de Valois, en son parlement, où étaient les pairs de France.

Lors du contrat de mariage de Jean de Montfort avec Anne de Laval, les males du nom et des armes de Laval consentirent que Jean de Montfort prit le Nom et les armes de Laval; Guy de Laval seigneur de Montjean, fut present à ce mariage.

VI. Nous terminerons ce paragraphe par le récit d'une contestation à laquelle la cour et la ville ont pris un grand intérêt: nous parlerons de la célèbre affaire entre le marquis de Créqui et les sieurs Le Jeune.

Ceux-ci, armés d'un certificat du sieur

d'Hozier, reconnu par le chef, et portant, aux couleurs près, les armes de la maison de Créqui, en avaient pris le Nom, et jouissaient, depuis plusieurs années, des prérogatives et des honneurs attachés à ce Nom aussi illustre qu'il est ancien. Mais le marquis de Créqui leur a demandé compte des titres en vertu desquels ils se prétendaient de sa famille. Cette demande a donné lieu au procès dont nous parlons. En voici le fait et les détails que nous puisons dans les mémoires respectifs : nous croyons que l'on nous saura gré de présenter, avec une certaine étendue, les moyens des parties ; on y verra le développement de notre ancienne jurisprudence sur les preuves nécessaires en matière d'état, l'un des points les plus importans de la législation.

Les sieurs Le Jeune, qui n'avaient jamais porté le nom de Créqui, absolument dépourvus de possession, s'appuyaient principalement sur une attestation de l'an 1478. L'affaire, dégagée d'une multitude d'accessoires inutiles, et réduite à son point de précision, résidait en entier dans cet acte.

Jean Le Jeune était domicilié à Tours ; on l'impose sur le rôle des tailles comme roturier ; il se pourvoit au tribunal de l'élection. Sentence qui porte : *Avons appointé que, sommairement, de plein et sans figure de procès, icelui Jean Le Jeune nous informera de sa noblesse, et comment par ci-devant il a suivi les guerres comme noble.*

Conformement à cette sentence, Jean Le Jeune se rend à Paris ; et le 26 octobre 1478, il conduit chez un notaire, un ancien maire d'Arras, un prêtre, un nommé Garcon, un marchand et un tapissier, tous originaires de Picardie.

Ces cinq témoins (porte l'acte dont il s'agit), « disent, certifient et affirment pour vé» rité, qu'ils ont bonne et vraie connaissance » de la personne de Jean Le Jeune, écuyer, » valet de chambre de haut et puissant seig» neur monseigneur de Beaujeu, gendre de » Louis XI, comte de Clermont en Beauvoi» sis ; et savent qu'il est natif du lieu d'Am» bricourt, qui est comte de Saint-Pol, situé » au pays d'Artois ; ils disent et affirment que » ledit Le Jeune est extrait de noble lignée de » père et vivans noblement de leur cens, rentes » et revenus; *le disent savoir les dessus nom» més, parcequ'ils sont natifs près dudit lieu » d'Ambricourt, comme dit est*, et ont une » bonne connaissance de la personne de feu » noble homme Tassart Le Jeune, père du» dit Jean Le Jeune ; et ledit messire Baulde » dit qu'il a eu bonne connaissance de la » personne de noble femme demoiselle Ca» therine Polette, mère d'icelui écuyer, et » femme dudit Tassart Le Jeune; laquelle était » native de la ville de Hesdin ; lesquels père » et mère dudit écuyer vivaient noblement » de leurs rentes et revenus, et étaient tels » tenus et réputés audit pays d'Artois; *et ou» tre disent les dessus nommés que ledit Jean » Le Jeune est issu de par père, de ceux de » Créqui, dont ils portent encore de présent » les armes, fors qu'il y a différence de cou» leurs* ; certifient en outre que ledit Le Jeune » a toujours, depuis le trépas de sesdits feus » père et mère, vécu noblement comme noble » personne, de ses rentes et revenus ; l'ont vu » suivre les guerres et armées du roi notre » sire, sous et en la compagnie de monseig» neur de Beaujeu, avec lequel icelui a vécu » pendant l'espace de quinze à seize ans ou en» viron, et mêmement depuis le trépas de feu » Monseigneur le duc d'Orléans, avec lequel » il a demeuré par l'espace de quatre ou cinq » ans ».

Cette déclaration fut fortifiée le lendemain par la déposition de noble Robert Desmarquet, ancien lieutenant général de la gouvernance d'Arras : « il certifie et affirme pour » vérité, en présence des mêmes notaires, » que, trente ans y a passés, il a bonne con» naissance du lignage et parentage des sus» nommés Le Jeune d'Ambricourt, lesquels » sont parens et affins dudit Jean Le Jeune, » qu'il a toujours vu et ouï tenir et reputer au » pays et comté d'Artois, nobles et vivans » noblement; le dit savoir, parceque lui étant » lieutenant des élus d'Artois, il n'a point vu » et su que le lignage et parentage des Le » Jeune, dont ledit écuyer est issu et procréé, » ait été mis et imposé à payer tailles ni au» cun autre subside, et que jamais n'en fut » question, poursuite et demande, lui étant » général desdits états, *parcequ'il était et est » si notoire audit pays d'Artois, que lesdits » Le Jeune sont nobles, gens vivans noble» ment de leurs rentes et revenus, qu'il n'est » mémoire du contraire* ».

Ce magistrat, disaient les sieurs Le Jeune, instruit du motif qui portait Jean Le Jeune à requérir sa déclaration, se contente, à la vérite, de parler de la noblesse des Le Jeune ; mais si les dépositions des cinq premiers témoins, qui attestaient d'une manière aussi précise, que Jean Le Jeune *était descendu par père de ceux de Créqui, dont il portait encore les armes, avec différence de couleurs seulement*, eussent été fausses, aurait-il permis que sa déclaration fût inscrite sur la même feuille de parchemin et dans le même acte qui les renfermait ? Aurait il accrédité

par sa présence, des impostures grossières qu'il eût été impossible de lui cacher?

Quoi qu'il en soit, cette enquête, faite dans la forme que la sentence des élus avait prescrite, fut remise sous les yeux de ces juges; les collecteurs, seuls adversaires que Jean Le Jeune pût avoir alors, ne proposerent aucun reproche contre les témoins; et il intervint en conséquence, le 16 novembre 1478, une sentence contradictoire qui déclara Jean Le Jeune exempt de la taille, dépens compensés.

Les sieurs Le Jeune, qui voyaient dans cette attestation, leur principal et même leur unique moyen, n'ont rien négligé pour en faire sortir la conséquence, qu'ils appartenaient à la maison de Créqui.

» Il suffit (disaient-ils, par l'organe de M. Bonnières) d'avoir une légère idée de notre législation, pour savoir que l'usage des registres de baptêmes, mariages et sépultures, est récent. L'établissement des premiers registres remonte au plus à cent soixante ans; et comme les meilleures institutions sont presque toujours celles qui éprouvent le plus d'obstacles, il y en a à peine soixante-cinq que celle-ci a reçu sa perfection. Les ordonnances auxquelles nous en sommes redevables, trouveront nécessairement place dans le récit que nous nous proposons de faire de nos recherches à cet égard. Ces ordonnances sont toutes de beaucoup postérieures au temps où vivait Jean Le Jeune; il est impossible par conséquent de nous assujétir à rapporter des preuves de la nature de celles qui servent à fixer aujourd'hui l'état des familles. C'est à l'époque où les enquêtes ont été faites, qu'il faut se reporter; c'est l'esprit des lois existantes alors, qu'il faut prendre; les principes que l'on pourrait invoquer dans une question qui s'élèverait sur l'état d'un homme né depuis soixante ans, seraient déplacés dans celle-ci. En un mot, la cour, juge suprême de toutes les questions, ne peut mettre dans la balance, que les lois auxquelles était soumis celui sur le sort de qui elle prononce.

» Si nous parvenons à démontrer que la preuve testimoniale a été, jusqu'en 1566, la seule manière légale d'établir son état, de constater ses rapports avec la famille dont on se disait issu, il s'ensuivra nécessairement que la cour ne pourra se dispenser de regarder l'enquête de 1478 comme une preuve légale de l'état de Jean Le Jeune, neuvième aïeul connu du comte de Créqui.

» Parcourons d'un coup-d'œil rapide, les différentes révolutions que notre législation a éprouvées. Tout le monde sait que les Gaulois, conquis d'abord par les Romains, adoptèrent leurs lois avec empressement; que les Romains, conquis à leur tour par les Francs, furent obligés de se ployer aux usages des barbares; et que du mélange des lois les plus sages et des coutumes les plus bizarres, sortit d'abord une espèce de législation monstrueuse, moins faite pour guider des hommes sages, que pour favoriser l'humeur guerrière d'un peuple qui, à proprement parler, ne connaissait d'autres lois que celles du plus adroit ou du plus fort.

» La sagesse des lois romaines perça cependant au travers des préjugés de ces peuples grossiers: ils adoptèrent ces lois pour droit universel; et les ordonnances que nos rois publièrent ensuite, ne firent qu'en développer les dispositions, sans en changer l'esprit.

» L'usage de la preuve testimoniale était non-seulement autorisé par le droit romain, mais on le regardait comme absolument indispensable. *Testimoniorum usus frequens ac necessarius est.*

» On y avait recours dans les causes civiles comme dans les criminelles; *adhiberi quoque testes possunt, non solùm in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus, sicuti res postulat.*

» Elle marchait d'un pas égal avec la preuve littérale: *in exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum, quàm depositiones testium.*

» Était-elle admise en matière d'état? Ne pourrait-on pas en douter d'après la loi 2, C. *de testibus? Si tibi controversia ingenuitatis fiat*, dit cette loi, *defende causam tuam argumentis et instrumentis quibus potes; soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* Mais cette loi n'est relative qu'à la seule preuve de la liberté. Il suffisait à Rome pour naître libre, d'être issu d'une mère libre. Le concours de l'ingénuité dans les deux individus, n'était pas nécessaire: *Si quis ex matre nascitur liberâ, patre vero servo, ingenuus nihilominùs nascitur.* La preuve de la liberté était donc toujours facile à faire; elle ne remontait pas plus haut que le père et la mère de celui à qui on la contestait; et, comme il était impossible qu'une femme libre et devenue mère, n'eût passé quelques actes ou obtenu quelques jugemens, les lois romaines exigeaient que celui qui s'en disait issu, les rapportât: *Argumentis et instrumentis quibus potes defende causam tuam.*

» Mais elles n'en usaient pas de même dans les questions d'état qui pouvaient dépendre de la preuve de faits éloignés. La loi 15, C. *de Testibus*, fixe à cet égard le dernier état de la

jurisprudence romaine : *requiruntur ad generis probationem testes quinque, si desint instrumenta, vel tres, si illis instrumenta suffragentur; quòd si hujusmodi sunt instrumenta, quæ omnium probationum vice esse possint, illa etiam sine testibus sufficiant.* Les dépositions de cinq témoins formaient alors une preuve complète de l'état des hommes : trois suffisaient, quand leurs dépositions étaient accompagnées de quelques actes où l'on apercevait un commencement de preuves ; et la preuve testimoniale devenait inutile quand les titres étaient authentiques et concluans.

» La preuve testimoniale concourait donc à Rome avec la littérale, en matière d'état ; et comme les lois romaines ont été pendant long-temps les seules que nous connussions, elles ont dû avoir une influence très grande sur les premières ordonnances de nos rois.

» Il est inutile de remonter aux premiers temps de la monarchie. Les seules lois de ces siècles barbares qui soient parvenues jusqu'à nous, ont uniquement pour objet de prévenir le meurtre et les rapines; elles contiennent un tarif honteux de ce qu'il en coûtait pour voler impunément son voisin, ou mutiler son ennemi. Mais aussitôt que nos rois purent s'occuper de l'administration intérieure de leur royaume, leur premier soin fut d'assurer l'état de leurs sujets, et ils regardèrent la preuve testimoniale comme la plus propre à remplir leurs vues. C'est ce dont on ne peut douter, si l'on jette les yeux sur un ancien capitulaire de Louis-le-Debonnaire, qui vivait en 814. Brussel, auteur de l'*Usage des fiefs*, nous en a donné la traduction : *Que celui à qui un autre conteste son état jusqu'au point d'amener un procinct de témoins pour le convaincre qu'il a usurpé cet état, produise huit hommes légitimes de la ligne du côté de laquelle on attaque sa naissance, soit que cette ligne soit paternelle ou maternelle ; qu'il ait encore d'ailleurs quatre autres témoins non moins légitimes ; que, par le serment de ces douze hommes, il établisse la franchise de sa naissance ; que, si le procinct lui manque, qu'il prenne d'où il voudra douze hommes libres, et qu'il défende par serment la franchise de son état.*

» Duclos a recueilli dans un de ses discours, qui fait partie des Mémoires de l'académie, un trait historique qui prouve l'usage de la preuve testimoniale en matière d'état. Gontran, roi de Bourgogne, *faisait difficulté de reconnaître Clotaire II pour fils de Chilpéric, son frère : Frédégonde, mère de Clotaire, non-seulement jura que son fils était légitime, mais elle le fit jurer par des évêques et des témoins ; et Gontran n'hésita plus à le reconnaître pour son neveu.*

» A la barbarie des premiers siècles de notre monarchie, succédèrent l'ignorance et la superstition. On crut pendant long-temps que la divinité était obligée de suspendre les effets de l'eau et du feu pour assurer le triomphe de l'innocence mise à d'aussi ridicules épreuves.

» On se livra ensuite à la brutalité ; le duel devint la seule manière d'établir son bon droit, et le vaincu parut toujours avoir tort.

» Avant saint Louis, dit Beaumanoir, il y avait huit manières de prouver ce qu'on avançait : on pouvait l'établir par les présomptions, les dépositions des témoins, et les gages de batailles. Quand le fait n'était pas public, les parties en venaient au duel, s'il n'y avait point de témoins ; et lorsque le demandeur ou l'accusateur présentait des témoins, le défendeur ou l'accusé pouvaient appeler en duel ces mêmes témoins.

» Saint Louis fut le premier qui réprima cet abus, et il crut avoir fait un grand pas vers la perfection, en substituant la preuve testimoniale au gage de bataille : *Nous défendons à tous* (porte l'ordonnance de 1260) *les batailles par tout notre domaine : au lieu de batailles, nous mettons preuve de témoins ; en querelle de servage, celui qui demandera homme comme son serf, fera sa demande et poursuivra sa querelle jusqu'au point de la bataille ; et ce qu'il prouverait par la bataille, il le prouvera par témoins.*

» Voilà donc la preuve testimoniale substituée à tous les autres genres de preuves qui avaient existé jusqu'alors. Loin que les successeurs de saint Louis aient dérogé à l'ordonnance de 1260, ils l'ont, au contraire, étendue à toutes sortes de matières ; ils ont voulu que la noblesse se prouvât par témoins. L'ordonnance de Louis XII, donnée à Blois, en 1498, porte *que les gradués simples et les gradués nommés feront apparoir de leur noblesse aux collateurs ou patrons, ou, en leur absence, à leurs vicaires, par attestation ou affirmation de trois ou quatre personnages dignes de foi, lesquels, par serment, affirmeront, pardevant nos juges ordinaires, ou l'un d'eux, la noblesse d'ancienne lignée de l'un et de l'autre parent d'iceux gradués simples ou gradués nommés, être véritable ; et d'icelle affirmation sera fait acte par nos juges ordinaires ou nos greffiers.*

» Tel était l'état de notre législation à l'époque où Jean Le Jeune a fait faire ses deux enquêtes.

« L'ordonnance de Moulins, en 1566, est la première loi qui ait abrogé l'usage de la preuve testimoniale en matière civile. *Elle parut à plusieurs*, nous dit Danty, *dure, odieuse, et contraire au droit civil : elle était odieuse, parcequ'elle restreignait les preuves que tous les législateurs ont étendues autant qu'il leur a été possible ; elle paraissait dure, parcequ'elle obligeait à mener presque toujours avec soi un notaire ; enfin, elle était contraire au droit civil, parcequ'en droit, les témoins font autant de foi que les actes par écrit.*

» Si des preuves générales admises dans les tribunaux, nous passons à l'examen de celles qui tiennent directement à l'état des hommes, nous trouvons que notre législation ne s'est perfectionnée que depuis tres-peu de temps sur une matière aussi importante.

» François Ier. en jeta les fondemens en 1539; il ordonna qu'*il serait fait registre en forme de preuve de baptême, qui contiendrait le temps et l'heure de la nativité*, et que l'on prouverait le temps de sa majorité par l'extrait de ces registres qui feraient pleine foi en justice.

» L'ordonnance de Blois, art. 181, a depuis ordonné le dépôt de ces registres entre les mains des greffiers en chef de chaque siege royal; celle de 1667 a voulu qu'il y en eût toujours deux doubles, dont l'un resterait entre les mains des curés de chaque paroisse, et l'autre serait déposé au greffe de la jurisdiction royale.

» Ces lois, toutes sages qu'elles étaient, restèrent sans exécution ; et il fallut que le roi manifestât sa volonté d'une manière plus précise dans sa déclaration de 1736, pour assurer l'existence des registres ; et l'on ne commença qu'à cet instant à les porter exactement dans les dépots publics.

» Il résulte du rapprochement que nous venons de faire des lois romaines relatives à l'état des personnes, et des ordonnances de nos rois depuis la fondation de la monarchie jusqu'à ce jour, qu'en France, tant que le droit romain y a été en vigueur, on prouvait indistinctement son origine et sa famille par témoins et par titres; et que, depuis le neuvième siècle jusqu'en 1566, la preuve testimoniale a été la manière de les constater l'un et l'autre; d'où il suit que Jean Le Jeune, à qui on contestait son état en 1478, a pu légalement l'établir par les dépositions des témoins qu'il a fait entendre : que les deux enquêtes ont autant de force qu'en auraient aujourd'hui les extraits de baptême, les contrats de mariage et les actes mortuaires.

» Si cette dissertation laissait encore quelque chose à désirer, nous invoquerions le témoignage des auteurs qui ont le plus approfondi la science héraldique.

» Le père Menestrier assure, dans son *Traité des usages des Pays-Bas et des chapitres d'Allemagne*, *que l'on ne devait pas de preuves régulières de noblesse avant le treizième siècle, parcequ'alors la noblesse étant militaire, et en usage de ne faire que des alliances nobles, les maisons étaient suffisamment connues sans qu'il fallût d'autres preuves que la notoriété publique ; la plupart étaient reçus sur leur serment*, ou sur la déposition de quelques témoins qui ne parlaient que du père et de la mere. *En* 1372, *Etzias Albert, des seigneurs de Bouldon, fit sa preuve, et les témoins déposèrent que son père, son grand-père, son bisaïeul, et leurs femmes, avaient été* de genere militari. *Jean de Mornay, qui fut reçu en* 1396, *fit entendre des témoins qui parlerent de son père et de sa mère, de ses aïeuls et aïeules paternels et maternels.*

» Les mémoriaux de la chambre des comptes, lettre D, fol. 150, *recto*, et 185, *verso*, font mention de lettres de confirmation accordées à Jean Caucheteur, d'Abbeville, et à Jacques d'Ambrécourt, d'Amiens, *d'après la soumission qu'ils avaient faite de prouver par témoins qu'ils étaient nobles.*

» Laroque en cite une foule d'autres exemples qu'il serait trop long de rapporter.

» L'abbé de Velly, en parlant du procès de Jeanne d'Arc, qui fut instruit peu de temps avant nos deux enquêtes, observe *que toutes les questions d'état se décidaient alors par enquête ;* »

M. Treilhard, défenseur du marquis de Créqui, répondait avec cette logique nerveuse qui caractérise toutes ses productions :

« Tel est donc le système des sieurs Le Jeune : *Nous vivions, en* 1478, *sous l'empire des lois romaines ; or, suivant ces lois, la preuve de l'état des hommes ne pouvait se faire que par témoins. Jean Le Jeune établit son état de cette manière ; il satisfit donc à ce qu'on pouvait exiger de lui ; sa preuve était légale, et l'on est fondé à l'invoquer au bout de trois siècles.*

» Mais est-il vrai que, suivant les lois romaines, l'état des citoyens ne se prouvait que par témoins ? Si nous consultons les dispositions de ces lois, nous voyons, au contraire, qu'à Rome des registres publics constataient la naissance de chaque citoyen ; et la preuve tirée de ces registres, était, sans contredit, la première et la plus puissante; on ne pouvait

même pas en admettre d'autres, quand les registres existaient : *Non epistolis, non nudis asseverationibus, nec ementitâ professione, sed natalibus necessitudo consanguinitatis conjungitur.*

» Mais quand les registres étaient perdus, quand il n'y avait point de registres, et c'était, il faut en convenir, notre position en 1478, permettait-on à une partie sans indices, sans présomptions, sans commencement de preuves par écrit, de faire entendre des témoins pour déposer en sa faveur?

» Ecoutons M. le chancelier d'Aguessean dans le tome second de ses œuvres, page 46 : « C'est un doute qui est éclairci par la loi 2, » C. *de testibus*. Telle était l'espece de cette » loi : un affranchi prétendait être né libre et » dans l'état d'ingénuité : *defende causam » tuam instrumentis et argumentis quibus po» tes, soli enim testes ad ingenuitatis proba» tionem non sufficiunt.* Voilà donc trois sortes » de preuves que l'empereur distingue dans les » questions d'état : les actes, les présomptions » et les témoins : il décide nettement que les » témoins ne peuvent pas suffire pour faire une » preuve certaine. Il faut nécessairement que » les dépositions des témoins soient soutenues, » ou par la foi des actes, ou par la force des » présomptions; et par là, on concilie l'intérêt » du public avec celui des particuliers : l'uti» lité publique est satisfaite, en ce qu'on n'ad» met point légérement à la preuve par té» moins : et les particuliers ne sauraient pas » se plaindre, puisqu'on ne les reduit pas à » l'impossible de prouver leur état, lorsque » les actes qui pouvaient l'établir, sont per» dus ».

» Et qu'on ne dise pas que cette loi citée ici, et commentée par M. d'Aguesseau, ne s'applique pas aux preuves de la naissance, mais aux preuves de l'ingénuité; il est évident que son esprit embrasse toutes les questions qui s'élèvent sur l'état des hommes; et c'est ainsi qu'elle a toujours été entendue et interprétée. Mais veut-on des textes précis qui s'appliquent uniquement à la filiation? Qu'on ouvre le Code, au titre *de probationibus et præsumptionibus*; et l'on verra dans la loi 29, ces termes énergiques : *probationes quæ de filiis dantur, non in solâ affirmatione testium consistant.*

» Aussi a-t-il été universellement reconnu de tous les temps, que les lois romaines admettaient trois sortes de preuves pour constater l'état des hommes : 1°. les registres publics, quand il y en avait; 2°. les titres particuliers, à défaut de registres; 3°. enfin, la preuve testimoniale, quand il s'agissait de compléter la preuve littérale.

» Voilà quelles étaient les dispositions des lois sous lesquelles nous vivions en 1478; et de là il résulte que la preuve testimoniale n'était admise alors que pour fortifier la foi des actes ou la force des présomptions.

» Mais comment parvenait-on à se faire admettre à cette preuve testimoniale? Et quand elle était une fois admise, comment se formait-elle?

» 1°. A Rome, comme en France, on n'admettait personne à la preuve d'un état sans qu'il le requît, parceque la raison, qui est antérieure à toutes les lois, le veut ainsi; et que, dans aucun gouvernement, les lois n'ont jamais été au-devant d'un citoyen pour le solliciter à changer d'état : il fallait donc avant tout, pour être admis à une preuve, demander à la faire.

» 2°. Quand on était admis à cette preuve, les témoins devaient être produits en justice et entendus par le juge lui-même : *Divus Adrianus Junio Rufino, proconsuli Macedoniæ, rescripsit testibus se, non testimoniis, traditurum.* Loi 3, §. 3, D. *de testibus*.

» 3°. Les témoins, avant de déposer, devaient faire serment de dire la vérité : *juris jurandi religione testes priusquàm perhibeant testimonium, jamdudùm arctari præcipimus.* Loi 9, C. *de testibus*.

» Renfermons-nous dans ces trois points, en voilà plus qu'il n'en faut dans le moment actuel, et faisons-en l'application.

» 1°. Jean Le Jeune n'a jamais articulé qu'il fût Créqui, il ne demanda pas à faire la preuve de cet état, il ne put donc être admis à cette preuve, et faire une preuve légale.

» 2°. Les particuliers qui lui donnèrent leur attestation, ne parurent pas devant le juge; on ne leur dit même pas si Jean Le Jeune avait ou non un procès, et devait faire quelque preuve : ils ne savaient pas à quel usage était destinée leur attestation; ils se rendirent dans l'étude d'un notaire, et certifièrent tout ce qu'on voulut.

» 3°. Ces particuliers ne firent précéder leur déclaration d'aucun serment de dire la vérité.

» Rien ne fut donc moins légal que la prétendue preuve de Jean Le Jeune, et par conséquent, d'après vos principes et vos aveux, vous n'êtes pas Créqui.

» Faut-il rappeler actuellement les observations que les sieurs Le Jeune se sont permises pour donner à l'attestation de 1478 une apparence de légalité?

» On a dit d'abord que les particuliers qui la donnèrent, avaient juré de dire la vérité

parceque l'attestation est conçue en ces termes;

» *Par-devant les notaires........, sont comparus......., lesquels disent, certifient et affirment pour vérité, qu'ils ont bonne connaissance......* Et l'on n'a pas craint de soutenir que cette déclaration était un serment! C'est donc avec des assertions aussi ridicules et aussi puériles, qu'on se flatte d'éluder les dispositions des lois les plus saintes! Non, sans doute, cette déclaratiun n'est pas un serment; il faut, nun pas une simple affirmation, mais *une affirmation sous la religion du serment*, pour remplir le vœu de la loi : ce sont les termes de nos ordonnances, et l'attestation de 1478, quand elle n'aurait pas ce défaut, ne serait pas légale.

» *Qu'importe*, disent encore les sieurs Le Jeune, *ce défaut de serment? Qu'importe aussi que la déclaration ait été reçue par un notaire ou par un juge? A l'époque dont il s'agit, les notaires au Chatelet de Paris avaient le droit de faire des enquêtes.* Pour le prouver, un vous a cité l'art. 14 d'une ordonnance de 1304. Effectivement l'article cité est conçu en ces termes : *testes quorum examinatio eis commissa fuerit, diligenter et fideliter examinabunt*, etc.

» Qui ne croirait qu'en effet il s'agissait dans cet article, des notaires au Chatelet de Paris? Il n'en est cependant rien; il s'agissait uniquement des secrétaires de la cour, qu'on appelait aussi notaires, et à qui on confiait le soin de quelques enquêtes.

» Pour s'en convaincre, il suffit de jeter les yeux sur l'art. 13, qui précède immédiatement celui dont on argumente. Il est conçu en ces termes : *Item notarii curiarum processus curiæ vel præcepta in suis propriis curtulariis non ponent, sed in registris curiæ redigent integrè et diligenter ac fideliter conservabunt, et judicibus integrè reddent, regiminis sibi commissi transito tempore vel finito.* Voilà l'art. 13. dans lequel on parle évidemment des secrétaires de la cour; et c'est immédiatement après que vient l'art. 14 : *testes quorum examinatio eis commissa fuerit, diligenter et fideliter examinabunt.*

» On a donc ouvertement abusé de l'autorité que l'on a citée, en appliquant à tous les notaires au Chatelet de Paris, ce qui n'était prescrit que pour les secrétaires de la cour.

» Mais veut-on détourner le sens de cette ordonnance, et supposer qu'elle concerne tous les notaires au Chatelet? Qu'en conclura-t-on? Les notaires n'auraient pu entendre des témoins qu'en vertu d'une commission expresse? *testes quorum examinatio eis commissa fuerit, diligenter examinabunt*; et dans ce cas, ils devaient remplir toutes les formalités prescrites pour les enquêtes. Or, les deux notaires chez qui les témoins des sieurs Le Jeune allèrent déposer leurs certificats, n'avaient aucune commission, ne remplirent aucune forme, et ne savaient pas même l'usage qu'on devait faire de leur attestation. Il n'y a donc rien de plus illégal que cette pièce.

» Les sieurs Le Jeune insistent cependant, et disent que la sentence des élus de Tours avait admis Jean Le Jeune à informer de sa noblesse sommairement, de plein, et sans figure de procès : or, dans ce cas, c'était aux notaires à recevoir les certificats; et ces mots *sommairement et de plein*, équivalent à une commission générale, adressée à tous les notaires du royaume.

» Vaines et ridicules allégations de la part des sieurs Le Jeune : faut-il donner l'intelligence de ces mots, *sommairement et de plein*? On en trouve l'explication dans un réglement de Charles V, de 1377, art. 5 : *Que parties ne soient mises en procès d'écriture et audition ordinaire par commission et écriture pour cause qu'ils aient, qui ne monte à plus de vingt sous parisis; mais soient délivrées* SOMMAIREMENT ET DE PLEIN ; *et se il faut témoins, soient examinés en l'audience.* (Ordonnances du Louvre, tome 6, page 303).

» Ainsi, alors, comme aujourd'hui, une enquête sommaire était une enquête faite sommairement à l'audience, ce qui ne devait se pratiquer que dans les matières infiniment légères.

» Les sieurs Le Jeune ne présentent donc à la justice que des suppositions et des erreurs, pour établir que Jean Le Jeune fit, en 1478, une preuve légale de son état.

» Mais ce n'est pas seulement par les dispositions des lois romaines que les sieurs Le Jeune ont voulu prouver que Jean avait fait une preuve légale de son état; ils ont encore opposé quelques lois françaises; mais leur défense, sous ce point de vue, présente toujours les mêmes vices et les mêmes abus.

» Ce n'est (a-t-on dit) qu'en 1539 que nous avons eu en France des registres qui constatent la naissance des citoyens; Jean Le Jeune n'avait donc pas pu, en 1478, établir sa filiation par son acte de baptême : il ne put faire sa preuve que par témoins; un capitulaire de Louis-le-Débonnaire, de l'an 801, portait expressément que la preuve de l'état se ferait de cette manière. Saint-Louis, dans ses Établissemens, supprima l'usage du duel dans

ses domaines, et y substitua la preuve testimoniale. Louis XII, en 1492, ordonna pareillement que les gradués établiraient leur noblesse par témoins; l'abbesse de Maubeuge ne recevait dans son chapitre que sur une preuve de cette nature : il n'y avait donc pas d'autre manière de prouver son état, et Jean Le Jeune par conséquent fit une preuve légale du sien.

» Ce raisonnement forme un des plus puissans moyens des sieurs Le Jeune. Mais par quelle loi veulent-ils décider la question qui nous divise?

» Est-ce par le capitulaire de Louis-le Débonnaire? Le voici tel qu'il a été traduit par Brussel : *Que celui à qui un autre conteste son état jusqu'au point d'amener un procinct de témoins pour le convaincre, produise huit hommes légitimes de la ligne du côté de laquelle on attaque sa naissance, soit que cette ligne soit la paternelle ou la maternelle; qu'il ait encore d'ailleurs quatre autres témoins, non moins légitimes, et que, par le serment de ces douze hommes, il établisse la franchise de sa naissance; que si le procinct lui manque, qu'il prenne d'où il voudra douze hommes libres, et qu'il défende par leur serment la franchise de leur état.*

» Si c'est cette loi que les sieurs Le Jeune invoquent, eh bien! Pour faire une preuve légale, il fallait 1°. avoir le désir de prouver cet état, et le réclamer; 2°. il fallait avoir douze témoins; 3°. il fallait les amener à la justice; 4°. ils devaient déposer sous la religion du serment. Jean Le Jeune ne fit donc pas une preuve légale, puisqu'il n'avait point douze hommes, qu'il ne les produisit pas à la justice, et qu'ils ne firent aucun serment; et, par conséquent, encore d'après vos principes, il n'était pas Créqui, ni vous non plus.

» Les sieurs Le Jeune aiment-ils mieux être jugés par les Établissemens de saint Louis? Ce monarque défend les batailles dans ses domaines; et au lieu de batailles, dit-il, *nous mettons preuves de témoins ou de chartes, selon le droit écrit.*

» Mais Jean Le Jeune n'avait pas fait la preuve légale de son état, suivant les lois romaines; et, par conséquent, encore, d'après les Établissemens de Saint-Louis, il n'était pas Créqui.

» Les sieurs Le Jeune préfèrent-ils d'être jugés d'après l'ordonnance de 1494, au sujet des gradués? Voici comment elle s'exprime : *Et de ladite noblesse feront lesdits gradués simples et gradués nommés apparoir auxdits collateurs ou patrons, ou en leur absence, à leursdits vicaires-généraux, par attestation ou affirmation de trois ou quatre personnes dignes de foi, lesquelles*, PAR SERMENT, AFFIRMERONT PARDEVANT NOS JUGES *ordinaires, ou l'un d'eux, la noblesse d'ancienne lignée de l'un et de l'autre parent d'iceux gradués être véritable, et d'*ICELLE AFFIRMATION SERA FAIT REGISTRE PAR NOSDITS JUGES *ordinaires ou leurs greffiers.*

» Ainsi, le gradué devait 1°. faire affirmer sa noblesse pardevant les juges ordinaires; 2°. la faire affirmer par serment; 3°. en faire faire registre au greffier.

» Jean Le Jeune ne satisfit pas à ces obligations, et par conséquent il ne fit pas même l'espèce de preuve légale qu'on exigeait d'un gradué noble pour qu'il pût jouir de son privilége.

» Trouve-t-on les dispositions de ces lois trop dures, et veut-on, enfin, prendre pour règle l'usage de l'abbesse de Maubeuge, quand elle vérifiait la noblesse d'une personne qui se présentait pour entrer dans son chapitre? Sur une attestation pareille à celle qui fut donnée à Jean Le Jeune, jamais une fille n'aurait été admise dans le chapitre de Maubeuge.

» Les sieurs Le Jeune ont rapporté deux de ces attestations données en 1485 et 1520 : la première, à Marie de Boufflers et la seconde, à Louise de Boufflers : on y voit que *Ferri de Croï, chevalier de la Toison d'Or, Hugues de Melun, vicomte de Gand, Jean d'Hallu, chambellan du roi, et Nicolas de Montmorenci, prochains consanguins et cousins de la demoiselle de Boufflers*, attestent que *ladite de Boufflers, leur prochaine consanguine et cousine*, est issue *de par son père Jean, seigneur de Boufflers, de ceux de Boufflers.* L'abbesse de Maubeuge crut, sur la foi des Croï, des Melun, des Hallu et des Montmorenci, *prochains consanguins et cousins des Boufflers*, que *Louise de Boufflers, fille de Jean, seigneur de Boufflers*, était de la maison *des Boufflers;* et cela n'était pas difficile à croire.

» Mais si l'on avait présenté à l'abbesse de Maubeuge un certificat tel que celui de 1478; si les *honorables hommes* Baulde le Maître, Terisard de la Blanque, Bauduchon Raoul et Remi Garcon, avaient certifié qu'une *Jeanne Le Jeune*, par exemple, était issue par son père *Tassard Le Jeune*, de ceux de Boufflers ou de ceux de Crequi, elle aurait rejeté ce certificat imposteur avec indignation; et Jeanne Le Jeune ne serait jamais entrée, sur cette attestation, dans le chapitre de Maubeuge.

» Jean Le Jeune ne fit donc pas même l'espèce de preuve qu'aurait dû faire une fille noble pour être reçue dans un chapitre. Et l'on ose cependant plaider, dans le sanctuaire de la justice et sous les yeux des premiers magistrats du royaume, que Jean Le Jeune a fait, en 1478, une preuve légale de son état! Et l'on prétend en imposer aux ministres des lois par un vain étalage d'érudition, et par des citations fastueuses d'autorités, dont le sens est perpétuellement détourné! Les sieurs Le Jeune ont-ils cru qu'il leur suffisait de fournir des exemples pour obtenir un jugement? Pensent-ils que les lois fléchiront, pour flatter leur ambition et leurs désirs? Ils se sont donc formé une idée bien étrange de la justice et des tribunaux?

» Voilà cependant à quoi se réduit tout ce qu'on a plaidé sur l'attestation de 1478, la seule pièce que les sieurs Le Jeune puissent invoquer; sans doute, il n'y a personne qui n'ait pour elle tout le mépris qu'ont eu Jean Le Jeune lui-même, et son fils et tous ses descendans jusqu'à nous.

» Mais combien ce mépris augmenterait encore, si l'on voulait considérer les circonstances qui ont accompagné cette attestation!

» Jean Le Jeune est imposé à la taille à Tours, où il était étranger, dit-on. Il dit qu'il est noble; on l'admet à la preuve; où va-t-il la faire cette preuve? Est-ce dans l'Artois, dans sa patrie, dans le centre de sa famille? Non, c'est à Paris, où personne ne le connait. Qui fait-il entendre? Sont ce des membres de sa famille, ou des gentilshommes de M. de Beaujeu, dont il pouvait être connu, puisqu'il était attaché à ce prince? Non, il mène chez un notaire quatre à cinq marchands ou tapissiers, dont il arrache un certificat; et voilà comme il prouve sa noblesse ».

Les sieurs Le Jeune faisaient encore sortir un moyen de la circonstance qu'ils avaient toujours porté, à quelques nuances près, les armes de la maison de Créqui; en voici le développement.

« Chez les peuples qui nous ont précédés (disaient-ils), l'homme illustré par quelques hauts faits, pouvait seul en porter des marques qui les rappelassent sans cesse au souvenir de ses concitoyens; il ne transmettait point ces signes honorables à sa postérité; la naissance et les dignités n'y donnaient aucun droit; ils étaient la récompense de la seule vertu militaire.

» Chez nous, au contraire, la noblesse s'est attribué le droit exclusif de porter des armoiries; les écus sont devenus héréditaires, et ont bien moins été la preuve des actions héroïques, qu'un simple signe destiné à rallier tous les individus de la famille qui les avait originairement adoptés.

» Le goût des joûtes et des tournois s'étant introduit en France, la noblesse ne se distingua plus que par les armes. Les chevaliers les faisaient peindre ou graver sur leurs armes, pour se faire distinguer dans les lices et les pas d'armes des tournois, où ils combattaient la tête couverte de leur casque. C'est de là, nous dit Tiraqueau, dans son Traité de la noblesse, *que les signes de chaque famille ont été appelés* armes.

» La noblesse porta bientôt dans les combats, le goût qu'elle avait pris pour ces sortes de gravures. Tous les anciens sceaux représentent les chevaliers armés de pied en cap, portant leurs armes, non-seulement sur leur bouclier, mais encore sur toutes les pièces de leur armure, et sur les harnais de leurs chevaux.

» Bientôt on ne se crut noblement vêtu, que quand on se fut chamarré de ses armes. On s'avisa, dit le dictionnaire de Trevoux, sous Charles V, *qui monta sur le trône en* 1334, *d'armorier les habits*, c'est-à-dire, *de les chamarrer, depuis le haut jusqu'en bas, de toutes les pièces de son écu; et cette mascarade dura plus de cent ans.*

» Tous les monumens, tous les mausolées, nous représentent les gentilshommes de ce temps dans ce costume bizarre: on en trouve plusieurs aux Célestins, et il est peu de personnes qui ne connaissent celui de Juvenal des Ursins, encore existant dans l'une des chapelles de Notre-Dame. Un tableau qui représente ses funérailles, prouve que tous ceux qui étaient de sa famille, portaient le même habit et les mêmes armes sur tous leurs vêtemens.

» Cette fureur des armoiries, nous dit l'auteur du blason de France, dura tant que durèrent les tournois; elle ne cessa qu'en 1559, époque de la mort de Henri II, qui périt, comme on le sait, d'un éclat de lance dont il fut blessé à l'œil, en joûtant avec Montgommery, dans un tournois.

» L'importance que l'on attachait aux armoiries, annonce assez avec quel soin on les conservait. André Favier, dans son livre intitulé *Théâtre de l'Honneur*, nous apprend que *le droit de porter des armes, n'appartenait qu'aux nobles d'extraction; et que les bourgeois ou vilains qui prenaient de telles armes, étaient punis de grosses amendes.*

» C'était aux hérauts d'armes que le soin de

rechercher les usurpateurs d'armoiries, était spécialement confié; *ils étaient*, selon le dictionnaire de Trevoux, *surintendans des armes, conservateurs des honneurs de la guerre; ils recevaient et vérifiaient les preuves des Noms et armes des chevaliers; ils avaient droit de corriger tous les abus et usurpations des couronnes, casques, timbres et supports; ils connaissaient des différends entre nobles, pour l'antiquité et prééminence de leur race; et la cour les mandait quelquefois pour avoir leur avis sur les différends de cette espèce dont elle s'était réservé la connaissance.*

» Les armes étaient alors dans une telle vénération que, quand le dernier mâle de la famille venait à mourir, les hérauts d'armes déposaient ses écussons dans son tombeau; c'est ce que nous apprend le commentateur de l'édit des archiducs Albert et Isabelle, de 1616, art. 2, nos. 30 et 32.

» Qu'étaient donc les armoiries, lorsqu'on les portait ainsi brodées ou peintes sur les vêtemens? Elles étaient bien constamment un signe auquel on reconnaissait non seulement tel individu, mais encore que tel individu était d'une telle famille. Le Nom eût été un bien faible secours pour désigner des hommes dont le corps entier était couvert de fer, et à qui un casque énorme, presque hermétiquement fermé, laissait à peine la faculté de respirer. Les armes qu'ils portaient, devenaient donc nécessairement pour eux aussi précieuses que les Noms le sont aujourd'hui pour nous, puisqu'elles produisaient le même effet, et qu'on y attachait la même considération. C'est ce qui a fait dire à Laroque, en son Traité de la Noblesse, que *les armes sont des Noms muets, et les Noms des armes parlantes, à cause du grand rapport qui est entre eux.*

» Les aînés avaient seuls le droit de prendre les armes de leurs pères; et le président Fauchet observe que cette méthode était changée, *et les puînés ayant retenu les armes de leurs pères avec brisures, on commença à reconnaître qu'ils étaient descendus de tel ou tel lieu, par la marque, écu ou blason qu'ils portaient.*

» La similitude des armes ne pouvait pas être, comme aujourd'hui, l'effet d'un pur hasard; elle indiquait nécessairement la parenté, surtout entre personnes du même canton, soumises à l'inspection du même héraut d'armes; et celui qui les portait, ne pouvait les avoir usurpées, puisque le roi avait établi *des surintendans des armoiries, vérificateurs des armes.* Il leur avait même attribué le droit de les ôter à ceux qui s'en seraient emparés sans en avoir le droit ».

De ces considérations, les sieurs Le Jeune tiraient la conséquence, qu'ils étaient de la maison de Créqui, puisqu'ils en portaient les armes.

M. Treilhard répondait :

« Tassard le Jeune, procureur du comte d'Artois, avait un créquier dans son sceau; il était donc issu en droite ligne de la maison de Créqui, et par conséquent les sieurs Le Jeune en sont aussi issus, car ils sont certainement de la famille de ce Tassart Le Jeune; ce créquier, dans le sceau de Tassart, doit avoir la vertu d'anéantir les inductions accablantes qui résultent de son Nom et de son état, du Nom et de l'état de tous les Le Jeune connus pendant trois siècles, et leur préparer enfin une place dans la maison de Créqui; telle est du moins la conséquence qu'on veut tirer de ce créquier.

» Que, pour flatter l'inquiétude et l'agitation d'une personne tourmentée du désir d'agrandir son existence, on saisisse une présomption de cette nature; que, sur cette présomption, on élève des systèmes, qu'on les livre même au public, toujours avide du merveilleux, cela serait assez indifférent encore; mais que, dans le temple de la justice, on ose proposer à ses ministres de prononcer sur l'état des hommes, et de prodiguer les Noms les plus illustres d'après des rêves semblables, c'est ce dont les fastes de nos faiblesses n'offraient encore aucun exemple.

» Que l'on ouvre tous les traités héraldiques, on y verra que, quoique les armoiries, dont le premier usage remonte au neuvième siècle, aient été prises dans le principe pour distinguer les rangs et les maisons, cependant plusieurs maisons, qui n'ont aucune relation entre elles, portent les mêmes armes. Il y a plus: tous les auteurs nous attestent que *l'identité de Nom, jointe à l'identité des armes*, ne suffit pas encore pour prouver l'identité de l'origine (1).

» C'est ce qui a fait dire à Laroque, dans son *Traité de la Noblesse, que, nonobstant que l'imposition des Noms pour chacun en particulier ait été mise pour les rendre reconnaissables, et que cela ait été suivi du port des armes pour la distinction des familles; néanmoins tous ceux qui semblent porter même Nom et mêmes armes, n'ont pas toujours même origine.*

» Et ne pensez pas que ce soit ici une opinion isolée et particulière de Laroque: de

(1) *V.* l'article *Prescription*, sect. 3, §. 7.

tous nos auteurs héraldiques, il n'en est aucun sans excepter le sieur d'Hosier lui-même, qui n'ait tenu le même langage.

» Dans la méthode du Blason, imprimée en 1688, je lis qu'*il faut s'accoutumer à distinguer les maisons de même Nom et les maisons différentes qui portent les mêmes armes.* Il y a donc des maisons différentes qui portent les mêmes armes; et il faut que cela soit bien commun, puisqu'on recommande de s'accoutumer de bonne heure à faire cette distinction.

» Dans les *Recherches du Blason*, imprimées en 1683, le pere Ménestrier, après avoir observé que la ressemblance des Noms a produit bien des erreurs, continue en ces termes énergiques: *La ressemblance des armoiries n'a pas moins fait de fables.*

» Dans l'ouvrage intitulé, *le véritable Art du Blason*, ou *l'usage des Armoiries*, nous lisons encore: *Il y a quantité de maisons qui ont les mêmes armes, sans être issues du même sang.... La reconnaissance, les services rendus, l'amitié, la société d'armes, et autres pareilles choses ont contribué assez souvent à cette uniformité d'armoiries.*

» Dans le *Dictionnaire diplomatique*, de dom de Vaines, au mot *Armoiries*, nous voyons que, sur le déclin du treizième siècle, *même les personnes de la plus vile condition avaient des sceaux; et, que, lorsqu'ils n'en avaient pas, ils se servaient de celui de personnes constituées en dignité, même du sceau des témoins.*

» Enfin, il n'existe pas un auteur héraldique, qui n'ait regardé comme une maxime incontestable, que l'identité des armes ne prouvait en aucune maniere l'identité de l'origine.

» Je dis qu'il n'existe pas un seul auteur héraldique qui n'ait établi cette maxime, et je n'en excepte pas le sieur d'Hosier lui-même: sa morale n'est pas si relachée que mes adversaires voudraient le faire entendre. Voici les principes qu'il établit dans son *Armorial général*, reg. 3, partie première, pages 47 et 48, au sujet de la maison d'Ales: *Le juge d'armes se flatte d'avoir assez solidement prouvé que les seigneurs de Saint-Christophe et de Chateau étaient de leur vivant, surnommés d'Aluye; et de cela seul il résulte que la famille d'Ales de Corbet ne peut point prétendre être issue de ces anciens seigneurs.*

» Il faut s'arrêter un instant sur cette premiere partie du passage du sieur d'Hosier. De ce que les sieurs d'Ales de Corbet ne portaient pas le même nom que les sieurs d'Aluye, seigneurs de Saint-Christophe, de là seul il résulte, dit-on, que la famille d'Ales de Corbet ne peut pas pretendre être issue de ces anciens seigneurs.

» Que cette décision du sieur d'Hosier est rigoureuse! Par cela seul que la famille d'Ales de Corbet ne porte pas le nom d'Aluye, il lui refuse impitoyablement une place dans la maison d'Aluye, qui est éteinte; quelle rigueur, encore une fois, de la part de ce généalogiste!

» Mais, d'un autre coté, quel excès de relâchement! Les sieurs Le Jeune n'ont jamais porte le nom de Crequi, et cependant le sieur d'Hosier leur fait une place dans la maison de Créqui, bien plus illustre que celle d'Aluye, et qui subsiste encore »!

Ces moyens ont prévalu. Le 1er. février 1781, il est intervenu arrêt à la grand'chambre du parlement de Paris, qui fait défense aux sieurs Le Jeune de porter le nom de Crequi, et de se dire issus de cette maison.

Cette affaire met le sceau à le réputation de M. Treilhard. (M. H....)*

[[§ IV. *Disposition des lois nouvelles sur les changemens de Nom de famille, sur les Noms de fiefs ou seigneuries, et sur les prénoms.*

I. Le proces-verbal de la Convention nationale du 24 brumaire an 2, nous présente une grande innovation sur les changemens, soit de noms de famille, soit de prénoms.

« Sur la proposition (y est-il dit) d'approuver le Nom de *liberté* décerné à la citoyenne Goux (par une societé populaire), un membre propose qu'elle soit renvoyée par-devant la municipalité de son domicile actuel, pour y declarer le nouveau Nom qu'elle adopte, en se conformant aux formes ordinaires.

» Cette proposition est décretée.

» Un autre membre propose qu'il soit défendu à tout citoyen de prendre pour nom propre ceux de *liberté* et *égalité*. La Convention nationale passe à l'ordre du jour sur cette proposition, motivé sur ce que chaque citoyen a la faculté de se nommer comme il lui plaît, en se conformant aux formalités prescrites par la loi ».

L'extrait de ce procès-verbal, promulgué en forme de loi, offrit aux intrigans de la révolution un moyen facile de se parer des Noms les plus célebres: mais l'excès de l'abus en amena bientot la repression.

« Sachons pourquoi (a-t-on dit à la séance de la Convention nationale du 4 fructidor an 2) des hommes qui ne jouissaient d'aucune considération, ont eu besoin d'abandonner le Nom de leur père, pour prendre un Nom

célèbre dans l'antiquité..... Conthon avait pris le nom d'Aristide.... Croyez-vous que ceux qui ont pris les Noms de Socrate et de Brutus en avaient les vertus? Non, la plupart d'entre eux s'étaient déshonorés par des bassesses dans leurs départemens, et ils avaient besoin de ces nouveaux Noms et d'affecter les dehors du patriotisme, pour venir à Paris escroquer des places et voler la république. Croyez-vous que ces gens qui sont venus à votre barre, en se parant du Nom de Socrate, eussent bu la cigue, si on la leur eût présentée? Non, non, ils l'eussent rejetée bien loin; et vous n'auriez plus aperçu en eux que l'intrigant et l'imposteur. Ce ne sont pas les Noms des hommes illustres de l'antiquité qu'il faut usurper, ce sont leurs vertus qu'il faut imiter, qu'il faut surpasser, s'il est possible.

« Misérable intrigant, n'envie pas le Nom d'un homme vertueux; mais rends le tien aussi célèbre que le sien!

» Je demande que l'on décrète qu'aucun homme ne pourra porter d'autre Nom que celui de son père, et que le comité de législation soit chargé de la rédaction ».

Cette proposition ayant été décrétée, le comité de législation a fait rendre, le 6 du même mois, une loi ainsi conçue :

« Art. 1. Aucun citoyen ne pourra porter de Nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance. Ceux qui les auraient quittés, seront tenus de les reprendre.

» 2. Il est également défendu d'ajouter aucun surnom à son Nom propre, à moins qu'il n'ait servi jusqu'ici à distinguer les membres d'une même famille, sans rappeler des qualifications féodales ou nobiliaires.

» 3. Ceux qui enfreindraient les dispositions des deux articles précédens, seront condamnés à six mois d'emprisonnement, et à une amende égale au quart de leurs revenus. La récidive sera punie de la dégradation civique.

» 4. Il est expressément défendu à tous fonctionnaires publics, de désigner les citoyens dans les actes, autrement que par le Nom de famille, les prénoms portés en l'acte de naissance, ou les surnoms maintenus par l'art. 11, ni d'en exprimer d'autres dans les expéditions et extraits qu'ils délivreront à l'avenir.

» 5. Les fonctionnaires qui contreviendraient aux dispositions de l'article précédent, seront destitués, déclarés incapables d'exercer aucune fonction publique, et condamnés à une amende égale au quart de leurs revenus.

» 6. Tout citoyen pourra dénoncer les contraventions à la présente loi, à l'officier de police, dans les formes ordinaires.

» 7. Les accusés seront jugés, pour la première fois, par le tribunal de police correctionnelle; et, en cas de récidive, par le tribunal criminel du département ».

Cette loi éprouvant de fréquentes infractions, quant à la défense qu'elle fait à tout citoyen d'ajouter à son Nom propre des surnoms rappelant *des qualifications féodales et nobiliaires*, le Directoire exécutif a pris, le 19 nivôse an 6, un arrêté dont voici les dispositions :

« Art. 1er. Les commissaires du Directoire exécutif près les administrations centrales et municipales, près les tribunaux civils, criminels et correctionnels, sont chargés de dénoncer aux officiers de police judiciaire, toute contravention aux articles ci-dessus rappelés de la loi du 6 fructidor an 2.

» 2. Ils sont pareillement chargés de dénoncer aux accusateurs publics les officiers de police judiciaire qui ne poursuivraient pas les contrevenans; et de requérir qu'ils soient eux-mêmes poursuivis conformément aux dispositions des art. 284 et suivans du Code des délits et des peines.

» 3. Les officiers-généraux et autres des armées de terre et de mer, les régisseurs de l'enregistrement, et tous les agens du gouvernement dans les différentes parties de l'administration, seront tenus, sous peine de destitution, de faire connaître aux ministres auxquels ils sont respectivement subordonnés, les contraventions qu'ils auraient occasion de remarquer, et d'en dénoncer les auteurs, ainsi que les complices.

» 4. Les ministres mettront chaque décade, sous les yeux du Directoire exécutif, le tableau des contraventions qui leur auront été dénoncées, en conséquence de l'article précédent; et ils joindront les pièces justificatives ».

II. La loi dont cet arrêté ordonnait l'exécution, et à laquelle se réfèrent l'art. 15 du décret du 1er. mars 1808, rapporté au mot *Noblesse*, §. 8, no. 3, et l'art. 7 du décret du 18 août 1811, rapporté ci-après, §. 6, ne complétant pas encore la législation sur cette matière, le gouvernement en a fait proposer une nouvelle à la séance du Corps législatif du premier germinal an 11. Le discours qui a été prononcé à ce sujet par M. Miot, conseiller d'état, est précieux par les rapprochemens qu'il contient, et par le jour qu'il répand sur les questions qui sont résolues par cette loi; le voici :

« Le projet de loi que le gouvernement m'a chargé de vous présenter, n'est devenu nécessaire que par une suite de la variation et de l'incertitude de la législation, pendant le cours

de la révolution, sur un des points les plus essentiels au maintien de l'ordre public. Des idées de liberté exagérées sur la faculté que chaque personne pouvait avoir d'adopter ou de rejeter, au gré du caprice ou de la fantaisie, le Nom qui doit, ou la désigner individuellement, ou déterminer la famille à laquelle elle tient, ont introduit une confusion et de graves inconvéniens qui doivent nécessairement fixer l'attention du législateur; il ne peut surtout laisser échapper le moment où il règle, par un Code civil, les droits et les rapports de tous les membres de la société, sans fixer en même temps, d'une manière invariable, les principes d'après lesquels ils doivent se distinguer les uns des autres.

» J'essaierai donc, pour éclairer votre opinion dans une matière aussi importante, de mettre sous vos yeux ce que l'usage et la législation avaient consacré avant l'époque de l'assemblée constituante, l'état de la législation telle qu'elle existe actuellement, d'après les lois de cette assemblée et celles de la convention, enfin les motifs du projet que je soumets à votre sanction.

» Les personnes sont, chez presque toutes les nations de l'Europe, désignées habituellement par un ou plusieurs Noms connus comme Noms propres, qui sont individuels, et par un autre Nom commun à tous les membres de la famille dont elles font partie. A ces premiers Noms se joignent encore, comme surnoms, suivant des usages abolis aujourd'hui parmi nous, des titres résultans de possessions ou de droits féodaux, mais qui ne sont en quelque sorte qu'un supplément de désignation, soit individuelle, soit de famille, nullement nécessaire pour établir une distinction précise entre les individus.

» Les Noms propres et les Noms de famille ou surnoms sont au contraire devenus indispensables dans l'état d'accroissement et d'extension que la société a pris parmi nous; et l'usage des derniers s'est presque généralement introduit par la nécessité; cependant cet usage ne remonte guère qu'à l'année 1000 de l'ère chrétienne. Avant cette époque, il n'existait aucun Nom de famille; ou du moins dans tous les titres antérieurs qui nous ont été conservés, on ne trouve jamais la personne désignée autrement que par le Nom propre, qui était alors le nom de baptême; il existe même encore, dans le Nord de l'Europe, des familles qui n'ont point de Nom particulier, et dont tous les individus ne sont désignés que par le Nom propre joint à celui du père, comme Pierre, fils de Louis; Paul, fils de Jean, etc.

» Les premiers noms de famille, qui n'étaient que des surnoms, ont été d'abord adoptés pour distinguer, dans les rapports sociaux, les personnes qui portaient le même nom propre; et cette distinction devenait d'autant plus nécessaire, que les idées religieuses attachées au choix du Nom propre, resserraient davantage le cercle dans lequel il pouvait être pris : mais ces surnoms, dérivés presque généralement, parmi la noblesse, des fiefs qu'elle possédait, et, parmi les autres classes de la société, soit de quelque fonction ou métier, soit de quelque qualité physique ou morale, n'étaient d'abord qu'individuels; ils ne furent réellement héréditaires, à ce qu'il paraît, que sous Philippe-Auguste.

» C'est depuis cette époque, que les surnoms, devenus alors noms de famille, formèrent une sorte de propriété transmissible aux descendans, et quelquefois même à des héritiers, à des légataires, suivant les usages et les localités. Elle entra donc, comme toutes les autres, pour le droit commun, dans le domaine des tribunaux; et pour les cas d'exception, elle fut une des attributions du législateur : mais l'importance de cette propriété, ne dérivant, dans le principe, que des droits féodaux et de distinctions nobiliaires qui pouvaient y être attachés, la législation antérieure à 1789 paraît ne s'être occupée que de régler ce qui concerne les cas où ces privilèges étaient intéressés.

» Cette législation voulait que l'on ne pût changer de Nom, qu'en vertu de lettres-patentes enregistrées dans les cours, en exécution de l'ordonnance d'Amboise, rendue, le 26 mars 1555, par Henri II, qui porte que, *pour éviter la supposition du Nom et des armes, défenses sont faites à toutes personnes de changer de Nom, sans avoir obtenu des lettres de permission et dispense, à peine de 1,000 livres d'amende, d'être punies comme faussaires, et privées des degrés et privilèges de la noblesse*.

» Ces lettres-patentes étaient connues sous le Nom de lettres de commutation de Nom, et comprenaient toujours cette clause : *sauf notre droit en autre chose, et l'autrui en tout.*

» Ainsi, on tenait pour principe,

» 1°. Que le roi seul pouvait permettre le changement ou l'addition du Nom;

» 2°. Que cette permission n'était jamais accordée que sauf le droit des tiers, qu'ils pouvaient faire valoir en s'opposant à l'enregistrement dans les cours;

» 3°. Que le changement de Nom et d'armes ne pouvait avoir lieu, même d'après un testament qui en imposait la condition, lors-

qu'il y avait opposition de la part des mâles portant le Nom et les armes.

» Ces divers principes, quoiqu'il ne soit question, dans les ordonnances des rois, que des Noms appartenans aux familles nobles, s'appliquaient cependant également aux Noms de famille des particuliers ; et l'on a plusieurs exemples de Noms changés, ou d'après des lettres-patentes, ou d'après des arrêts de cours supérieures, sur la demande de ceux qui les portaient, soit pour se soustraire à la bizarrerie d'un Nom ridicule, soit pour éviter la peine de porter un Nom devenu infâme, et qui se trouvait commun à plusieurs familles. Quelquefois même, et dans ce dernier cas, le changement était ordonné, ainsi qu'on l'a vu pour la famille des assassins des rois.

» Du reste, la législation ne déterminait rien sur le choix du Nom propre. Comme il dépendait toujours d'une cérémonie religieuse qui se confondait alors avec un acte civil, elle avait, dans les maximes de la religion qui ne permettait pas de chercher hors de son territoire ou de son calendrier, une garantie suffisante contre les écarts de l'imagination.

» Tel était l'état de la législation avant 1789; et vous voyez, législateurs, parceque je viens de vous exposer, que le système en était complet.

» Le premier changement qu'elle éprouva, fut une conséquence des décrets de l'assemblée constituante, du 12 juin 1790 et du 29 septembre 1791, qui abolissent les titres, et ordonnent de ne porter que le Nom de famille; et ensuite du décret du 20 septembre 1792, qui désigne des officiers publics pour recevoir à l'avenir les actes de l'état civil.

» La première distinction n'eut qu'une influence salutaire, puisque, d'un côté, elle ne supprimait qu'un vain supplément de désignation individuelle, et que, de l'autre, loin d'introduire quelque confusion, elle écartait au contraire celle qui resultait alors de l'adoption d'une foule de surnoms empruntés par la vanité, pour cacher une origine obscure ; mais la seconde, en retranchant avec sagesse du domaine religieux un des actes les plus importans à la conservation de la société, pour le rendre à la puissance civile, sans prescrire aucune règle sur le choix des Noms que l'on pourrait prendre ou imposer à ses enfans, fit naître un désordre que le législateur n'avait pas prévu, et dont les conséquences ne lui parurent pas assez importantes pour qu'il crût devoir s'en occuper.

» Cette latitude, laissée au caprice, à la fantaisie, à l'envie de se distinguer par le choix des Noms nouveaux qui se rattachaient aux principales circonstances ou aux principaux auteurs de la révolution, amena un premier désordre. Le Nom propre ou de baptême qui fut alors connu sous celui de prenom, désignation convenable, et que nous avons justement conservée, fut choisi arbitrairement, quelquefois parmi les êtres abstraits ou les choses inanimées, ce qui n'était qu'un léger inconvénient, mais plus souvent aussi parmi les Noms des personnes existantes, système qui tendait à introduire la plus dangereuse confusion.

» On ne s'en tint pas même à ce point ; et chacun, étendant le principe à son gré, crut pouvoir, non-seulement imposer à ses enfans un Nom selon sa volonté, mais encore en changer soi-même par une simple déclaration faite devant sa municipalité, et souvent dans une assemblée populaire. La convention nationale consacra même cet étrange principe par un décret du 24 brumaire an 2....

» L'abus et le danger de ces maximes furent si grands, qu'ils frappèrent bientôt eux-mêmes ceux qui les avaient professées, et une loi du 6 fructidor an 2 défend de prendre d'autres Noms patronimiques ou de famille que ceux portés à son acte de naissance, et ordonne à ceux qui les ont quittés, de les reprendre.

» C'est l'état de la législation actuelle, et elle se compose, comme vous voyez, de trois dispositions principales :

» La première, celle qui interdit à tout citoyen français l'usage d'un surnom ou d'un titre dérivant d'un droit féodal ;

» La seconde, celle qui transporte la tenue des registres de l'état civil destinés à constater la naissance et le Nom des personnes, à des officiers publics ;

» Et enfin, la troisième, qui interdit de prendre d'autres Noms que ceux portés dans l'acte de naissance.

» Mais il est facile de voir que, quelque sages que soient ces dernières dispositions, elles sont encore insuffisantes : et qu'il manque à cette législation un complément qu'il est nécessaire de lui donner.

» Vous remarquerez, en effet, qu'aucune de ces dispositions n'interdit encore aujourd'hui de donner comme prénom à un enfant, le Nom d'une famille existante ; qu'aucune ne laisse à celui qui, dans les orages de la révolution, a reçu d'un père ou d'un ami imprudent, un Nom qu'il peut rougir ou s'inquiéter de porter, la faculté d'en changer, et de lever l'obstacle d'opinion, il est vrai, mais souvent si puissant, qui pourrait, pendant le cours de

sa vie, s'opposer à son avancement ou à sa fortune; enfin que la loi n'a encore investi aucun pouvoir du droit d'autoriser un changement de Nom de famille, dans le cas où l'ancienne législation permettait le changement.

» C'est pour réparer cet oubli, et mettre un terme aux erreurs et aux abus que le silence de la loi fait naître chaque jour, que le gouvernement vous propose d'adopter le projet de loi que je vous apporte en son Nom. Il est divisé en deux titres. Le premier traite des prénoms; le second, des changemens de Noms. J'en développerai successivement les motifs.

» J'ai déjà eu l'honneur de vous dire qu'il avait paru utile de conserver le mot de *prénom*, adopté pour désigner ce que l'on appelait autrefois *Nom de baptême*; et cette désignation, très-juste en elle-même, a l'avantage de s'appliquer parfaitement aux Noms de tous les membres de la société, quel que soit le culte dont ils fassent profession.

» L'art. 1er. du tit. 1er. fixe le choix des prénoms à imposer aux enfans parmi ceux en usage dans les différens calendriers, et ceux des personnages connus dans l'histoire ancienne.

» Les motifs de cette disposition sont pris dans la nécessité où se trouve le législateur de faire aujourd'hui ce que les idées religieuses faisaient autrefois. Il doit prévenir la confusion qui naîtrait de l'adoption d'un Nom d'une famille; il doit interdire à l'adulation ou à l'engouement, cette espèce de patronage sous lequel la faiblesse, la médiocrité, et quelquefois même le crime, viendraient se ranger; enfin, il doit conserver aux hommes que leurs talens, leurs vertus, ou des événemens célèbres produisent sur la scène du monde, la propriété exclusive de leurs Noms, soit qu'elle soit honorable et glorieuse, soit qu'elle soit un fardeau pénible, et les laisser passer ainsi à la postérité sans incertitude sur l'individu qui les aura portés : le temps seul peut rendre les Noms historiques.

» Mais, pour parvenir à ce but, il ne suffisait pas de défendre l'adoption de ces sortes de Noms comme prénoms, quoique cette marche parût, au premier coup d'œil, plus simple. Le grand nombre de Noms de famille français qui se trouvent être en même temps de baptême ou des prénoms, a forcé de donner à l'énoncé de la loi une expression positive; et, en effet, en la restreignant à une défense, on donnait indirectement à ces familles le droit d'attaquer tous ceux qui prendraient à l'avenir leur Nom comme prénom.

» Indépendamment de cette raison, qui elle-même me semble suffisante pour justifier l'article, il y a quelqu'avantage, à la suite des secousses d'une longue révolution dans laquelle on a été souvent entraîné hors du cercle des idées simples, à donner une direction à l'opinion, à la ramener dans la véritable route, et à persuader, s'il est possible, que le prenom donné à l'enfant au moment de sa naissance, n'est qu'un moyen nécessaire pour le distinguer de tout autre, et non pas un présage de ce qu'il doit être un jour, enfin que le choix de ce Nom peut tout au plus dépendre de quelque souvenir d'amitié ou de reconnaissance, mais ne doit jamais être une affaire de parti.

» Au surplus, la limitation portée par l'article, laisse encore une telle étendue au choix, que personne n'aura, je pense, un sujet légitime de s'en plaindre; que toute religion, toute opinion particulière même s'y trouverait suffisamment à l'aise; et si elle interdit seulement les êtres abstraits et les choses inanimées, elle n'interdit que la faculté de satisfaire une fantaisie pour le moins toujours inconcevable, et souvent absurde et ridicule.

» Les autres articles du tit. 1er. traitent de la faculté de demander et d'obtenir le changement de prénoms qui ne se trouvent pas compris dans la désignation du premier article.

» On a pensé devoir rendre les formalités aussi simples qu'il était possible. sans cependant leur ôter le caractère d'authenticité qu'elles doivent avoir dans une semblable matière. Ainsi, un jugement du tribunal de première instance sera suffisant pour opérer la rectification des actes; mais ce jugement sera prononcé sur simple requête et sans frais. Enfin, pour faciliter ce changement, les père et mère, les tuteurs de la personne qui est dans le cas de l'obtenir, si elle est mineure, peuvent former la demande pour elle; et ce mode de procéder contribuera à faire disparaître plus promptement les restes d'un abus qu'il était important d'attaquer. J'espère que ces dispositions obtiendront aisément votre approbation.

» Je passe au tit. 2, qui traite des changemens de Noms.

» Je fixerai d'abord votre attention sur une disposition essentielle qu'il contient, et dont l'objet est de réserver exclusivement, comme par le passé, aux tribunaux le droit de connaître de toutes les questions d'état entraînant le changement de Nom, qui continueront à se poursuivre dans les formes ordinaires.

» Ainsi, l'abus de la facilité accordée par les autres articles, ne peut jamais être à crain-

dre; et toutes les fois qu'un intérêt privé se trouve compromis, toutes les fois qu'il s'agit de régler l'état des personnes par le changement d'un Nom, le gouvernement n'a aucun droit d'y intervenir.

» Mais si ce changement n'a pour objet que des cas particuliers également indépendans de l'état ou de la fortune des personnes, tels que le désir de quitter un Nom ridicule ou déshonoré, qui peut mieux que le gouvernement juger de la validité des motifs sur lesquels la demande de ce changement est appuyée? Qui peut prononcer, si ce n'est lui qui, placé au sommet de l'administration, est seul à portée de s'éclairer et de décider entre une demande raisonnable et un caprice?

» D'ailleurs, ce pouvoir, comme vous l'avez-vu, était autrefois une des attributions du chef du gouvernement; et alors l'importance attachée à un changement de Nom, était beaucoup plus grande qu'aujourd'hui. Sous le régne féodal, non-seulement il fallait juger des raisons qui légitimaient la commutation; mais il fallait encore empêcher que l'adoption d'un nouveau Nom ne donnât des droits à la noblesse, par sa similitude avec ceux qui jouissaient de cette prérogative. Aujourd'hui le choix d'un Nom nouveau est en lui-même indifférent, puisque celui qui acquiert l'autorisation de le porter, ne peut, dans aucun cas, en faire dériver pour lui aucune distinction, aucun privilége; ce choix peut tout au plus intéresser un particulier, et la loi proposée lui laisse tout le temps nécessaire pour faire valoir son opposition.

» Une de ces dispositions porte en effet que, dans le cas où le gouvernement aurait jugé convenable d'accorder l'autorisation demandée, l'effet de cette autorisation n'aura lieu cependant qu'un an après la date de l'insertion de l'arrêté au Bulletin des lois. Dans le cours de cette année, toute personne y ayant droit, est admise à présenter requête pour obtenir la révocation de cet arrêté, et le gouvernement reste le maître de la prononcer.

» Tant de précautions doivent rassurer complétement, et prévenir, dans la pratique, les abus du principe que la loi consacre. Ainsi, elle tend à rétablir l'ordre, à faire disparaître une confusion que chaque jour aurait accrue; et vient compléter, parmi nous, d'une manière satisfaisante, la législation dans un des points les plus essentiels au maintien de la société ».

Un projet de la loi aussi bien motivé, devait être adopté avec empressement: il l'a été, en ces termes, le 11 germinal an 11:

« Tit. 1. *Des prénoms*. Art. 1. A compter de la publication de la présente loi, les Noms en usage dans les différens calendriers, et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne, pourront seuls être reçus, comme prénoms, sur les registres de l'état civil destinés à constater la naissance des enfans; et il est interdit aux officiers publics d'en admettre aucun autre dans leurs actes.

» 2. Toute personne qui porte actuellement comme prénom, soit le Nom d'une famille existante, soit un Nom quelconque qui ne se trouve pas compris dans la designation de l'article précédent, pourra en demander le changement, en se conformant aux dispositions du même article.

» 3. Le changement aura lieu d'après un jugement du tribunal d'arrondissement, qui prescrira la rectification de l'acte de l'état civil.

» Ce jugement sera rendu, le commissaire du gouvernement entendu, sur simple requête présentée par celui qui demandera le changement, s'il est majeur ou émancipé; et par ses pere et mère ou tuteur, s'il est mineur.

» Tit. 2. *Des changemens de Noms*. Art. 4. Toute personne qui aura quelque raison de changer de Nom, en adressera la demande motivée au gouvernement.

» 5. Le gouvernement prononcera dans la forme prescrite pour les réglemens d'administration publique.

» 6. S'il admet la demande, il autorisera le changement de Nom, par un arrêté rendu dans la même forme, mais qui n'aura son exécution qu'après la révolution d'une année, à compter du jour de son insertion au Bulletin des lois.

» 7. Pendant le cours de cette année, toute personne y ayant droit, sera admise à présenter requête au gouvernement pour obtenir la révocation de l'arrêté autorisant le changement de Nom; et cette révocation sera prononcée par le gouvernement, s'il juge l'opposition fondée.

» 8. S'il n'y a pas eu d'oppositions, ou si celles qui ont été faites n'ont point été admises, l'arrêté autorisant le changement de Nom aura son plein et entier effet à l'expiration de l'année.

» 9. Il n'est rien innové, par la présente loi, aux dispositions des lois existantes, relatives aux questions d'état entraînant changement de Noms, qui continueront à se poursuivre devant les tribunaux dans les formes ordinaires ».

III. Peut-on s'obliger valablement à chan-

ger de Nom? Une promesse pure et simple de changer de Nom, faite sous la loi du 6 fructidor an 2, est-elle censée avoir été faite sous la condition, *si le gouvernement autorise le changement de Nom*; et en conséquence, donne-t-elle, depuis la loi du 11 germinal an 11, une action judiciaire pour contraindre celui qui l'a souscrite, à solliciter ou à souffrir qu'on sollicite pour lui du gouvernement, l'autorisation de ce changement?

V. le plaidoyer et l'arret du 13 janvier 1813, rapportes aux mots *Promesse de changer de Nom.*

§. V. *Des peines qu'encourent ceux qui prennent de faux Noms.*

I. Prendre un faux Nom dans le dessein de s'approprier le bien d'autrui, c'est tantot un delit, tantot un crime.

C'est un delit, lorsque le faux Nom est pris verbalement. *V.* les articles *Escroquerie*, n°. 1; et *Faux*, sect. 1, §. 8.

C'est un crime, si le faux Nom est pris dans un écrit public ou privé. *V.* les articles *Faux*, sect. 1, §. 6 et 7; et *Non bis in idem*, n°. 6.

II. Prendre un faux Nom dans le dessein d'échapper à la surveillance de la police, et le prendre dans le genre d'écrit qui peut seul operer cet effet, c'est-à-dire, dans un passeport, c'est toujours un délit. *V.* l'article *Passeport.*

III. Prendre un faux Nom dans le dessein d'enfreindre ou d'aider à enfreindre les lois d'ordre public, c'est toujours une action anti-sociale; mais cette action ne peut donner lieu aux poursuites de la justice, que dans le cas où elle constitue un crime de faux en écriture, c'est-à-dire, dans le cas où le faux Nom est pris dans un acte. *V.* l'article *Conscription militaire*, §. 6 et 7.

Mais il n'est pas nécessaire, pour cela, lorsqu'il s'agit d'un acte public, que cet acte ait reçu sa perfection; il suffit que la declaration du faux Nom ait été faite à l'officier public qui rédige l'acte; qu'en la faisant, on ait eu l'intention de tromper cet officier; et que l'effet de cette intention ainsi manifestée, n'ait été empêché que par une circonstance independante de la volonte de l'imposteur. L'emploi verbal d'un faux Nom degénère alors en tentative de crime de faux, et elle duit être poursuivie et punie, comme si le faux avait été consommé.

C'est ce que la cour de cassation a jugé le 12 juin 1807, en cassant, au rapport de M. Verges, un arrêt du 27 mai précédent, par lequel la cour de justice criminelle et spéciale du département de l'Escaut s'était déclarée incompétente pour faire le procès à Martin de Coen.

« Vu (porte l'arrêt de cassation) l'art. 2 de la loi du 23 floréal an 10, et la loi du 22 prairial an 4;

» Considérant qu'il est reconnu que, le 7 fevrier 1807, à 4 heures de l'après midi, l'officier de l'état civil de la commune de Soteghem a rédigé un acte de mariage entre Jean-Baptiste Van Lierde, d'une part, et Natalie Pleire, d'autre part; qu'à cette époque, Martin de Coen a pris, devant ce magistrat, la fausse qualité de pere dudit Van Lierde, et a donné, en cette fausse qualité, son consentement à ce mariage; que ledit Martin de Coen ne s'est retiré qu'après la rédaction de l'acte, s'étant aperçu qu'il était reconnu par l'officier public;

» Considérant que cette fausse déclaration relative à un consentement qui formait une clause essentielle et nécessaire de ce contrat, présente une tentative du crime de faux en acte authentique, manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, mechamment et à dessein de nuire à autrui;

» Que la cour de justice criminelle du département de l'Escaut a vainement considéré que l'emploi d'un faux Nom ne constitue le crime de faux, que lorsque le faux Nom est pris par écrit, et qu'il n'en est pas de même lorsque le faux Nom n'est pris que verbalement; que ce principe n'a aucune application à l'espèce;

» Qu'il ne s'agissait pas en effet, dans l'espèce, d'un faux Nom pris simplement verbalement, et dont il ne dût rester aucune trace, mais bien d'un faux Nom pris dans un acte qui serait devenu authentique par la signature des parties et de l'officier de l'etat civil, et à défaut de la signature des parties, par la seule signature de l'officier de l'état civil;

» Qu'il est établi que ledit Martin de Coen s'est retiré pendant la lecture de l'acte, lorsqu'il s'est aperçu qu'il était reconnu par l'officier public; que, sous ce rapport, la tentative du crime n'a eté suspendue que par une circonstance fortuite, indépendante de sa volonté;

» Que par conséquent la cour de justice criminelle et speciale du departement de l'Escaut, en se declarant incompetente pour connaitre d'une tentative du crime de faux en acte authentique, a violé la loi du 22 prairial an 4 et l'art. 2 de la loi du 23 floreal an 10;

» La cour casse l'arrêt rendu le 27 mai 1807.... ».

IV. Prendre un faux Nom ou un faux prénom dans l'acte de naissance d'un enfant que l'on présente à l'officier de l'état civil, et dont on se declare le pére, c'est un crime de faux proprement dit.

Jean Franck fait à l'officier de l'état civil de son domicile, une déclaration de naissance d'un enfant dont il se dit père, et que vient de mettre au monde Gertrude de Pister qu'il qualifie de sa femme, quoiqu'il n'existe entre elle et lui aucune ombre de mariage; mais au lieu de prendre dans cette déclaration son véritable prénom de Jean, il prend celui de Jacques, sous lequel est connu l'un de ses frères. Traduit comme faussaire devant la cour de justice criminelle et spéciale du département de la Roer, celle-ci se déclare, par arrêt du 31 décembre 1807, compétente pour le juger, tant comme prévenu d'avoir faussement attribué à sa concubine la qualité d'épouse, que comme prévenu d'avoir pris un faux prénom.

Sur le premier point, cet arrêt ne pouvait pas se soutenir d'après ce qu'on a vu aux mots *Faux*, sect. 1. §. 3, et *Naissance*, §. 11; mais, sur le second, il était parfaitement conforme aux vrais principes.

Aussi, par arrêt du 5 février 1808, au rapport de M. Verges.

« Considérant que Jean Franck est prévenu d'avoir, dans l'acte de naissance d'un enfant dont il s'est déclaré le pére, pris le prénom de *Jacques*, et non celui de *Jean*, qui était son véritable prénom; que le prénom de *Jacques* appartient au frère dudit Jean Franck; que ledit Jean Franck est prévenu d'avoir déclaré le prénom de son frere, dans cet acte de naissance, qui a été dressé par le maire, et qui a été signé par ledit Franck, d'après cette déclaration; que ledit Franck est prévenu d'avoir agi méchamment et à dessein de nuire à autrui;

» Que ledit Franck est prévenu en outre d'avoir faussement déclaré que Gertrude Pister était son épouse légitime, tandis qu'elle n'était que sa concubine;

» Que, quoique, sous le rapport de cette dernière prévention, on ne doive reconnaître qu'une fausse déclaration qui ne constitue qu'un mensonge et non le crime de faux, il n'en est pas de même de la première prévention qui constitue un véritable crime de faux; que la connaissance des crimes de faux est attribuée aux cours de justice criminelle et spéciale par l'art. 2 de la loi du 23 floréal an 10;

» La cour confirme, sous le rapport de la première prévention, l'arrêt rendu le 31 décembre 1807 par la cour de justice criminelle et spéciale du departement de la Roër ».

V. Y a-t-il faux dans un acte, par cela seul que celui qui y stipule ou dispose, y prend un nom qui n'est pas le sien, mais qu'il porte habituellement et sous lequel il est connu dans la société?

V. les articles *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n°. 5; et *Testament*, sect. 5, §. 2.

§. VI. *Dispositions particulières concernant les Juifs, les habitans du département de la Hollande, ceux des départemens Anséatiques, et ceux du département de la Lippe.*

I. Les juifs connus sous la dénomination de *juifs allemands*, n'ont eu, jusqu'en 1808, aucun Nom patronimique ou de famille. Un petit nombre de Noms puisés dans leurs livres sacrés, servait indifféremment à tous les individus. Ils y ajoutaient seulement, ou plutot, par la nécessité de les distinguer, on y ajoutait pour eux, les Noms des villes qu'ils habitaient. Mais lorsqu'ils changeaient de domicile, cette sorte de surnom se trouvait en défaut, et de là naissait un premier sujet de méprises. Ensuite, les juifs avaient toute facilité de changer et changeaient en effet de Noms, dès qu'un intérêt quelconque les y sollicitait; et l'on conçoit combien était commode cette métamorphose, pour échapper à-la-fois aux charges publiques et à l'accomplissement des obligations privées.

Pour remédier à ces désordres, il a été rendu, le 20 juillet 1808, un décret ainsi conçu:

« ....., sur le rapport de notre ministre de l'intérieur, notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit:

« Art. 1. Ceux des sujets de notre empire qui suivent le culte hébraïque, et qui, jusqu'à présent, n'ont pas eu de Nom patronimique ou de prénom fixe, seront tenus d'en adopter dans les trois mois de la publication de notre présent décret, et d'en faire la déclaration par-devant l'officier de l'état civil de la commune où ils sont domiciliés.

» 2. Les juifs étrangers qui viendraient habiter dans l'empire, et qui seraient dans le cas prévu par l'art. 1er. seront tenus de remplir la même formalité dans les trois mois qui suivront leur entrée en France.

» 3. Ne seront point admis comme Noms de famille, aucun Nom tiré de l'ancien testament, ni aucun Nom de ville. Pourront être pris comme prénoms, ceux autorisés par la loi du 11 germinal an 11.

» 4. Les consistoires, en faisant le relevé des juifs de leur communauté, seront tenus de vérifier et de faire connaître à l'autorité

s'il sont individuellement rempli les conditions prescrites par les articles précédens.

Ils seront également tenus de surveiller et de faire connaître à l'autorité, ceux des juifs de leur communauté qui auraient changé de Nom, sans s'être conformés aux dispositions de la susdite loi du 11 germinal an 11.

» 5. Seront exceptés des dispositions de notre présent décret, les juifs de nos Etats, ou les juifs étrangers qui viendraient s'y établir, lorsqu'ils auront des Noms et prénoms connus, et qu'ils auront constamment portés, encore que lesdits Noms et prénoms soient tirés de l'ancien Testament ou des villes qu'ils ont habitées.

» 6. Les juifs mentionnés en l'article précédent, et qui voudront conserver leurs Noms et prénoms, seront néanmoins tenus d'en faire la déclaration : savoir, les juifs de nos Etats, par devant la mairie de la commune où ils sont domiciliés ; et les juifs étrangers, pardevant celle où ils se proposent de fixer leur domicile ; le tout dans le délai porté en l'art. 1er.

» 7. Les juifs qui n'auraient pas rempli les formalités prescrites par le présent décret, et dans les délais y portés, seront renvoyés du territoire du royaume : à l'égard de ceux qui, dans quelque acte public ou quelques obligations privées, auraient changé de Nom arbitrairement et sans s'être conformés aux dispositions de la loi du 11 germinal an 11, ils seront poursuivis et punis conformément aux lois, et même comme faussaires, suivant l'exigence des cas ».

II. Un décret, à peu-près semblable avait été rendu le 18 août 1811, relativement *à ceux des habitans des départemens de la Hollande, qui jusqu'alors n'avoient pas eu de Nom de famille et de prénoms fixes*; en voici les termes :

« Art. 1er. Ceux de nos sujets des départemens de la ci-devant Hollande, des Bouches-du-Rhin, des Bouches-de-l'Escaut et de l'arrondissement de Bréda, qui jusqu'à présent n'ont pas eu de Nom de famille et de prénoms fixes, seront tenus d'en adopter dans l'année de la publication de notre présent décret, et d'en faire la déclaration par-devant l'officier de l'état civil de la commune où ils sont domiciliés.

» 2. Les noms de ville ne seront point admis comme Noms de famille. Pourront être pris comme prénoms, ceux autorisés par la loi du 11 germinal an 11.

» 3. Les maires, en faisant le relevé des habitans de leurs communes, seront tenus de vérifier et faire connaître à l'autorité s'ils ont individuellement rempli les conditions prescrites par les articles précédens. Ils seront également tenus de faire connaître à l'autorité ceux des habitans de leurs communes qui auraient changé de Nom, sans s'être conformés aux dispositions de la susdite loi du 11 germinal an 11.

» 4. Seront exceptés des dispositions de notre présent décret ceux de nos sujets des départemens de la ci-devant Hollande, des Bouches du-Rhin, des Bouches-de-l'Escaut et de l'arrondissement de Bréda, qui auront des Noms et prénoms connus, et qu'ils ont constamment portés, encore que lesdits Noms et prénoms soient tirés des villes.

» 5. Ceux de nos sujets mentionnés dans l'article précédent, qui voudront conserver leurs Noms et prénoms, seront néanmoins tenus d'en faire la déclaration, savoir : ceux qui habitent les susdits départemens, pardevant la mairie de la commune où ils sont domiciliés, et les autres par-devant celles où ils se proposeront de fixer leur domicile ; le tout dans le délai porté en l'article 1er.

» 6. Le Nom de famille que le père, ou l'aïeul paternel, à défaut de père, aura déclaré vouloir prendre ou qui lui sera conservé, sera donné à tous les enfans, qui seront tenus de le porter et de le prendre dans les actes : à cet effet, le père, ou l'aïeul, à défaut de père, comprendra les enfans et petits enfans existans, dans sa déclaration, et le lieu de leur domicile ; et ceux de nos sujets qui auront leur père, ou, à défaut de leur père, leur aïeul encore vivant, se borneront à déclarer qu'ils existent, et le lieu de leur domicile.

» 7. Ceux qui n'auraient pas rempli les formalités prescrites par le présent décret, et dans les délais y portés, et ceux qui, dans quelque acte public, ou quelque obligation privée, auraient changé de Nom arbitrairement et sans s'être conformés aux dispositions de la loi du 11 germinal an 11, seront punis conformément aux lois ».

III. Par un autre décret du 12 janvier 1813, les dispositions de ceux du 20 juin 1808 et 18 août 1811, avaient été déclarées applicables à ceux des habitans du département des Bouches-de-l'Elbe, des Bouches-du-Weser, de l'Ems Supérieur et de la Lippe, qui jusqu'alors n'avaient pas eu de Noms et de prénoms fixes.]]

* *NON BIS IN IDEM.* Brocard de droit, ou plutôt de pratique, dont le sens est qu'un accusé qui a été jugé, condamné ou absous par un arrêt ou autre jugement rendu en der-

nier ressort, ou passé en force de chose jugée, ne peut plus être poursuivi pour raison du même fait.

I. La maxime *Non bis in idem* est tirée du droit romain.

La loi 9, C. *de accusationibus et inscriptionibus*, s'exprime ainsi : *Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest. Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri. Judex autem super utroque crimine audiens jam accommodabit. Nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquàm plenissima examinatio super altero quoque crimine fiat.*

La loi 11 du même titre porte : *Si quis homicidii crimen existimat esse persequendum, secundùm juris publici formam, debebit eum qui in primordio homicidii postulaverit reum, neque probaverit, ideòque reus absolutus est, prævaricationis arguere. Id enim salubriter statutis principum parentum nostrorum, jurisque formâ præscriptum est. Vel si non potuerit ogendum, ad sequens crimen (id est, prædonum latronumve) descendere eum coges, atque id exequi judicio tuo : cùm si quidem id ob incusoto apporeot esse commissum, ob ultionem publicam, obnoxius legibus fiat.*

Telles sont, comme l'annonce le législateur lui-même, les lois que la justice et l'humanité ont prescrites de tout temps en faveur des accusés. L'avantage d'être absous serait illusoire, si l'accusateur avait le droit cruel de renouveler perpétuellement ses dénonciations sur le même fait, et si l'accusé ne pouvait espérer d'asile que dans le tombeau. La loi 7, du même titre, au Digeste, est conçue dans des termes aussi positifs que celles que nous venons de citer : *iisdem criminibus quibus quis liberatus est, non debet præses pati eundem iterùm accusari.*

La jurisprudence n'a jamais varié sur cette matière ; et les principes qui nous ont été transmis par nos plus anciens jurisconsultes, n'ont pas souffert la plus légère atteinte : « Si » un delinquant (dit Papon) a été une fois » condamné à peine légère, là où plus griève» ment il le pouvait être, selon l'exigence du » fait, il ne doit plus être recherché pour » même fait, afin d'être puni selon ce qu'il » avait mérité.... Ainsi se pratique aujour» d'hui, et notamment si, pour crime de lèse» majesté, le convaincu a été seulement relé» gué ; il ne peut être repris pour la peine ordi» naire ; et là dessus est fort notable ce que dit » Balde, sur la loi *si quis in hoc genus*, C. » *de episcopis et clericis*. Que, si un accusé » d'homicide est absent, et se trouvant après » preuves de sa confession précédente, pour » cela on ne le doit remettre en procès ; et » ainsi fut jugé par arrêt du parlement de » Bordeaux, pour Hélie Cartier, le 16 juin » 1523 ».

II. Il faut cependant observer que, si, dans un procès qui renfermerait plusieurs chefs d'accusation, le juge n'avait instruit et jugé qu'un ou deux de ces chefs, ou même s'il avait instruit ou rendu son jugement sur tous, à l'exception d'un seul, alors ce chef omis donnerait à l'accusateur le droit de renouveler son accusation, non pas sur tous les chefs indistinctement, mais sur celui qui aurait été omis. Ce ne serait pas le cas de la maxime *Non bis in idem*, puisqu'il n'y aurait eu ni instruction ni jugement. Cette conséquence sort naturellement de la première des lois romaines que nous avons citées ci-dessus : *Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de oltero non prohibetur ab olio deferri.*

[[*V.* ci-après, nº. 5 *bis*, et mon *Recueil des Questions de Droit*, au mot *Délit*, §. 2.]]

III. Peut-on se pourvoir en France pour raison d'un crime commis en pays étranger, lorsque les juges du lieu du délit y ont statué, et qu'on n'a pas été partie au procès ?

Au commencement du siècle dernier, le sieur de Saint-Offange, gentilhomme angevin, issu d'une famille distinguée dans sa province, était allé à Genève, au secours de cette ville, que le duc de Savoie menaçait d'attaquer. Il y rencontra le sieur Turquet, aussi Français, et qui, comme lui, avait été attiré dans cette ville par l'espérance d'y trouver du service. Une querelle survint entre eux ; ils se battirent : le sieur Turquet ayant été tué, le sieur de Saint-Offange fut presqu'aussitot emprisonné. Les magistrats de Genève instruisirent le procès, et on éleva d'abord la question de savoir si le sieur de Saint-Offange, Français, pouvait jouir du privilège des citoyens genevois, d'être jugé par le conseil des deux cents. On décida qu'il devait en avoir tous les avantages, puisqu'il était venu pour les défendre. Ce procès fut donc instruit ; et le sieur de Saint-Offange, aussi heureux dans l[a] lice civile, qu'il l'avait été en champ clo[s], fut déchargé de l'accusation. Pour assurer sa tranquillité, il crut devoir, à son retour en France, solliciter des lettres-patentes qui confirmassent et autorisassent le jugement du conseil

de Genève. Il les obtint et les présenta à la chambre de l'édit, pour y être enregistrées. Alors le sieur Turquet, père du défunt, se presenta, et, ayant formé opposition à l'enregistrement, prétendit que le conseil de Genève avait été incompetent pour juger un Français qui en avait tué un autre; que, quand même on lui attribuerait plus de valeur qu'il ne devait en avoir, ce ne pouvait jamais être que pour l'intérêt public, et non pour les intérêts civils et particuliers; qu'il n'avait point été partie au procès instruit à Genève, et qu'on ne pouvait, sous aucun point de vue, en argumenter contre lui. Le sieur de Saint-Offange répondait qu'il n'avait tué le sieur Turquet qu'en se défendant lui-même; que la connaissance de ce fait appartenait indubitablement aux juges des lieux; et qu'il eût subi la peine qu'ils auraient prononcée, s'ils l'avaient reconnu coupable; qu'il en avait couru les hasards, et que le jugement du conseil des deux cents devait subsister, puisqu'il lui avait été favorable; qu'il etait contre tous les principes de vouloir contraindre un accusé à subir deux jugemens sur un même fait, suivant la maxime triviale, mais constante, *Non bis in idem*; qu'il était inoui de vouloir distinguer la réparation civile de la punition d'un délit; que l'un est toujours inseparable de l'autre. Enfin, par arrêt du 31 août 1611 (rapporté par Bouchel et Joly, dans leurs Recueils d'arrêts, liv. 2, chap. 1, et par Dupineau, dans ses *arrêts célèbres pour la province d'Anjou*, à la suite de son Commentaire sur la coutume de la même province, liv. 7, chap. 14), les lettres obtenues par le sieur de Saint-Offange, furent entérinees; et la cour ordonna, sur la demande en dommages intérêts du sieur Turquet, qu'il en serait délibéré. (M. Boucher d'Argis, fils.)*

[[Cet arrêt, comme l'on voit, ne juge qu'une chose, savoir, que l'action publique est éteinte dans le cas dont il s'agit; et il laisse indécise la question de savoir s'il en est de même de l'action civile ou privée: mais à cet égard *V.* ci après, n°. 15; et l'article *Chose jugée*, §. 15.

IV. Le code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, contenait, sur l'effet des ordonnances et des jugemens qui déchargeaient soit un prévenu, soit un accusé, trois dispositions qu'il faut bien distinguer.

S'agissait-il d'une ordonnance par laquelle un officier de police judiciaire, après quelques actes d'instruction, mettait en liberté un prévenu qu'il jugeait s'être suffisamment disculpé? L'art. 67 déclarait que cette ordonnance, n'étant « qu'une *décision provisoire* » *de police*, n'empêchait pas que le prévenu » ne fût recherché et puni de nouveau pour le » même fait ».

S'agissait il de la déclaration d'un jury d'accusation, portant qu'il n'y avait pas lieu à accusation contre le prévenu d'un crime emportant peine afflictive ou infamante? L'art. 255 décidait qu'en ce cas, « le prévenu ne pou» vait plus être poursuivi à raison du même » fait, à moins que, sur de nouvelles charges, » il ne fût presenté un nouvel acte d'accusa» tion ».

S'agissait-il enfin de la déclaration d'un jury de jugement qui portait, ou que l'accusé n'était pas convaincu, ou que le fait avait été commis involontairement, sans aucune intention de nuire, ou pour la défense légitime de soi ou d'autrui? L'art. 426 déclarait que « tout » individu ainsi acquitté..... ne pouvait plus » être repris ni accusé à raison du même » fait ».

Nous retrouvons les mêmes dispositions dans les articles suivans du Code d'instruction criminelle de 1808:

« 246. Le prévenu, à l'égard duquel la cour royale aura décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi à l'une des cours (d'assises ou spéciale), ne pourra plus y être traduit à raison du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges.

» 247. Sont considérés comme charges nouvelles, les déclarations des témoins, pièces et proces-verbaux qui, n'ayant pu être soumis à l'examen de la cour royale, sont cependant de nature, soit à fortifier les preuves que la cour aurait trouvées trop faibles, soit à donner aux faits de nouveaux développemens utiles à la manifestation de la verite.

» 248. En ce cas, l'officier de police judiciaire, ou le juge d'instruction, adressera, sans delai, copie des pièces et charges au procureur général de la cour royale; et, sur la requisition du procureur général, le president de la section criminelle indiquera le juge devant lequel il sera, à la poursuite de l'officier du ministère public, procédé à une nouvelle instruction, conformément à ce qui a été prescrit. Pourra, toutefois, le juge d'instruction, décerner, s'il y a lieu, sur les nouvelles charges, et avant leur envoi au procureur général, un mandat de dépôt contre le prévenu qui aurait été déjà mis en liberté, d'après les dispositions de l'art. 229.

» 360. Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait ».

Ni l'un ni l'autre Codes ne s'expliquent, ni

sur l'effet des jugemens des tribunaux de police, ni sur celui des jugemens correctionnels dont il n'y a pas eu d'appel, ni sur celui des arrêts rendus sur l'appel des jugemens correctionnels, ni sur celui des arrêts qui ont été rendus en conséquence de déclaration de jurés, ni sur celui des arrêts qui, dans les procès où il n'intervient pas de jurés, prononcent à-la-fois sur le fait et sur le droit.

Mais il est évident que ces jugemens et ces arrêts ont l'autorité de la chose jugée, et que par conséquent ils donnent lieu, en faveur des prévenus ou des accusés, qu'ils acquittent, ou qu'ils condamnent à des peines trop douces, à l'application de la règle *Non bis in idem.*

C'est ce que décide, pour les jugemens des tribunaux de police, un arrêt de la cour de cassation du premier avril 1813, ainsi conçu :

« Le procureur général expose que le maire de la commune de Monesiglio, et le tribunal de police du canton de Salicetto, département de Montenotte, ont rendu l'année dernière, des jugemens en dernier ressort qui n'ont pas été attaqués dans le délai fatal, mais qu'il importe à l'ordre public de faire annuler dans l'intérêt de la loi.

» Le 7 juin 1812, Félix Bresciano, domicilié à Monesiglio, jouant aux boules avec un autre particulier, en jette une contre la maison de Joseph Tarditi.

» Joseph André Rosso, présent au jeu, et pareillement domicilié à Monesiglio, reprend Félix Bresciano de ce procédé.

» De là une altercation, de là des injures verbales entre Joseph-André Rosso et Félix Bresciano.

» Le 15 du même mois, Joseph-André Rosso porte plainte de ces faits au maire de Monesiglio.

» Le 22, le maire fait citer devant lui Joseph-André Rosso et Félix Bresciano, et après les avoir entendus, rend, sans conclusions du ministère public, un jugement ainsi conçu ;

» *Vu la plainte portée à cette mairie, par Félix Bresciano, contre Joseph-André Rosso, tous les deux habitans de cette commune ; vu les informations sommaires qui ont suivi ladite plainte, tant sur les réquisitions de Félix Bresciano, que sur celles de Joseph-André Rosso ;*

» *Attendu qu'il résulte desdites informations, que Félix Bresciano a, dans la rue publique de cette commune, jeté, avec dépit et à bras ouvert, une boule qu'il tenait à la main, laquelle boule heurta, par accident, contre la porte d'entrée de la cour de François Tarditi, et revint en arrière à la distance de plusieurs pas, d'où il résulte le danger que cette boule, soit en allant, soit en revenant, ne vînt frapper quelque personne ;*

» *Attendu qu'il en résulte encore, que Joseph-André Rosso, en reprochant à Bresciano d'avoir jeté avec dépit la boule en question, s'était servi d'une phrase mauvaise et peu louable, quoiqu'il ait protesté qu'en l'employant, il n'entendait pas soutenir que Bresciano fût un mauvais sujet, son intention n'étant que de faire sentir que Bresciano avait fait une chose illicite ;*

» *Considérant, ensuite, que Bresciano s'étant fâché contre Rosso, à cause de la mauvaise phrase susdite, il résulta de là réciproquement des paroles mauvaises et méprisantes entre eux ; que quoique cette dispute n'ait été que momentanée, et n'ait entraîné aucune conséquence, ils ont néanmoins tous deux contrevenu aux lois de police ;*

» *Le soussigné, en qualité de maire et de juge auxiliaire de police, pour M. le juge de paix de Salicetto, a trouvé bon que tant Bresciano que Rosso soient condamnés, comme il les condamne, pour les contenir pour l'avenir, solidairement à payer les frais de la procédure : savoir, à M. le secrétaire de police, élu par le soussigné et confirmé par le tribunal de première instance de Céva, la totalité desdits dépens, s'élevant à 8 francs et 15 centimes, savoir......, laquelle somme devra être payée trois heures après la signification du présent, à peine de saisie, à laquelle M. le secrétaire est autorisé à procéder, servatis servandis.*

» Le 27 du même mois, le juge de paix du canton de Salicetto, siégeant en tribunal de police, d'après une lettre du maire de Monesiglio, en date du même jour, par laquelle il rapporte son jugement du 22 et lui renvoie l'affaire, rend, sur les réquisitions du maire du chef-lieu, une ordonnance par laquelle il enjoint à Félix Bresciano et à Joseph-André Rosso de comparaître à son audience du premier juillet suivant, pour répondre aux conclusions qui seront prises contre eux, le premier comme prévenu d'avoir jeté une boule contre la maison de Joseph Tarditi, et tous deux comme prévenus d'injures verbales.

» Félix Bresciano et André-Joseph Rosso comparaissent, en effet, le premier juillet, et déclarent qu'ils sont conciliés.

» Le premier soutient en outre, par un écrit non signé, mais conçu en forme de requête au juge de paix, que le jugement du maire de

Monesiglio, du 22 juin, a terminé irrévocablement l'affaire.

» Cependant, par jugement du même jour, le tribunal de police, appliquant à Félix Bresciano l'art. 475 du Code penal, relatif à ceux qui jettent des pierres ou d'autres corps durs contre les édifices, le condamne à une amende de six francs; et appliquant à Joseph-André Rosso l'art. 471 du même Code, relatif aux injures verbales, le condamne à une amende de trois francs.

» Félix Bresciano et Joseph-André Rosso appellent de ce jugement au tribunal correctionel de Céva.

» Le 23 du même mois, jugement par lequel, considérant, en ce qui concerne Félix Bresciano, que déjà jugé par le maire de Monesiglio, il n a pu être traduit, pour le même fait, devant le juge de paix; qu'à la vérité, le maire était incompétent, puisqu'il était question, entre autres choses, d'injures verbales, et qu'il a cru pouvoir en consequence rétracter son jugement; mais que l'incompetence d'un juge n'emporte pas de plein droit, la nullite de ses jugemens, et qu'il n'est au pouvoir d'aucun tribunal de se réformer lui-même; que d'ailleurs le tribunal de police tenu par le juge de paix, n'est pas le tribunal d'appel des tribunaux de police, tenus par les maires; considérant, en ce qui concerne André-Joseph Rosso, que le jugement dont il se plaint, ne le condamnant qu'à une amende de trois francs, est, par cela seul, rendu en dernier ressort, et que l'annullation n'en peut être prononcée que par la cour de cassation; qu'il importe peu que la condamnation de Joseph André Rosso se trouve comprise dans le même jugement que celle de Félix Bresciano; que ces deux condamnations étant motivées sur deux causes différentes, doivent être regardées comme deux jugemens séparés; le tribunal correctionnel annulle le jugement dont il s'agit quant à Félix Bresciano; et déclare Joseph-André Rosso non-recevable dans l'appel qu'il en a interjeté.

» Ce jugement est, comme l'on voit, calqué sur les vrais principes.

» Mais, il reste à prononcer, et sur la disposition du jugement du tribunal de police tenu par le juge de paix, qui condamne Joseph-André Rosso à une amende de trois francs; et sur le jugement du maire de Monesiglio du 22 juin 1812; et sur l'acte du même officier, du 27 du même mois, qui rapporte ce jugement.

» Or, 1°. il est certain qu'en condamnant Joseph-André Rosso à une amende de trois francs, pour des injures verbales dont il avait déjà été puni par le maire de Monesiglio, le tribunal de police, tenu par le juge de paix, a violé la règle *Non bis in idem*, et l'art. 360 du Code d'instruction criminelle qui la consacre.

» 2°. Il est certain que le maire de Monesiglio, en prenant connaissance d'injures verbales, en statuant sans conclusions du ministère public, et en se bornant à condamner les prévenus aux depens, a violé les art. 139, 155 et 161 du même Code.

» 3°. Il est certain que le même officier, en rapportant son jugement illégal, a excédé ses pouvoirs et contrevenu aux art. 177 et 457 du même Code, qui réservent à la cour de cassation le droit d'annuler les jugemens en dernier ressort es tribunaux de police.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 442 du Code d'instruction criminelle et les autres textes ci-dessus rappeles, casser et annuler, dans l'intérêt de la loi et sans préjudice de leur exécution entre les parties intéressées, 1°. la disposition du jugement du tribunal de police du canton de Salicetto, du 1er. juillet 1812, qui condamne André-Joseph Rosso à une amende de trois francs; 2°. le jugement du maire de Monesiglio, du 22 juin de la même année; 3°. l'acte du même officier, du 27 du même mois; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit taut sur les registres du tribunal de police du canton de Salicetto, que sur ceux du tribunal de police tenus par le maire de Monesiglio.

» Fait au parquet, le 22 mars 1812. *Signé*, Merlin.

» Ouï le rapport de M. Chasle....;

» Vu l'art. 442 du Code d'instruction criminelle, et les art. 139, 153, 161, 177, 360 et 407 du même Code......;

» Attendu qu'en prenant connaissance d'un délit d'injures verbales, et en statuant sans conclusions du ministère public, et en se bornant à ne prononcer contre les prévenus qu'une simple condamnation de dépens, le maire de la commune de Monesiglio a violé les art. 139, 153 et 161 ci-dessus rappelés;

» Qu'il a aussi excédé ses pouvoirs en rapportant son jugement qu'il ne lui appartenait pas de réformer, quelqu'illégal qu'il fût, et qu'il est contrevenu aux art. 177 et 407 ci-dessus, qui reservent à la cour de cassation le droit d'annuler les jugemens rendus en dernier ressort par les tribunaux de police;

» Que le juge de paix du canton de Salicetto a aussi violé la règle *Non bis in idem*, et l'art. 360 ci-dessus, en condamnant Joseph-André Rosso à une amende de trois francs, pour des injures verbales dont il avait été puni par le maire de Monesiglio;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle, dans l'intérêt de la loi, et sans que les parties puissent s'en prévaloir, 1°. le jugement du maire de Monesiglio, du 22 juin 1812; 2°. l'acte de cet officier, du 27 du même mois, par lequel il a rapporté son jugement; 3°. la disposition du jugement du tribunal de police du canton de Salicetto, du 1er. juillet suivant, qui condamne Joseph-André Rosso, à une amende de trois francs... ».

V. La défense que faisait l'art. 255 du Code du 3 brumaire an 4, de poursuivre de nouveau le prévenu qui avait été renvoyé par un jury d'accusation, et contre lequel il n'était pas survenu de nouvelles charges, empêchait-elle de le traduire devant les tribunaux correctionnels, à raison de circonstances qui, détachées de celles dont le concours caractérisait le crime, emportant peine afflictive ou infamante, imprimaient au fait le caractère de l'un des délits dont ces tribunaux pouvaient connaître?

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 5 février 1808, qui a jugé cette question pour la négative.

« Le procureur général expose que la cour de justice criminelle du département du Cantal a rendu, le 1er. juillet 1807, un arrêt dont l'intérêt de la loi, ouvertement violée, sollicite la cassation.

» Le 8 mai 1807, le magistrat de sûreté de l'arrondissement de Saint Flour dresse un acte d'accusation portant que, d'une instruction précédemment faite sur son réquisitoire, il résulte *que, le 30 mars précédent, Louis Valette fils, du lieu de Frescolange, fut, avec plusieurs de ses camarades, dans l'écurie d'Antoine Bouquez, du même lieu; qu'il passa de l'écurie dans la maison dudit Bouquez, où étaient Jeanne Bouquez et Antoine Rolland, fils d'un journalier du même lieu; que Louis Valette s'amusa d'abord avec ledit Antoine Rolland fils, en faisant semblant de le poursuivre; qu'ayant ensuite aperçu un fusil au plancher de la maison, il le prit et le fit partir une première fois sans qu'il prît feu; qu'après cela, il dit à Antoine Rolland:* veux-tu que je t'apprenne comment on tue les lièvres? *Qu'il fit partir le fusil, et atteignit ledit Antoine Rolland à la tête, dont il fut tué subitement; que ledit Valette faisait de grandes lamentations, protestant qu'il ne croyait pas le fusil chargé.*

» Cet acte présenté au jury d'accusation, le 15 du même mois, le jury déclare *qu'il n'y a pas lieu.*

» A la vue de cette déclaration, le magistrat de sûreté se persuade que l'art. 15 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 devient applicable à Louis Valette. Cet article, comme on le sait, porte qu'*en cas d'homicide dénoncé comme involontaire, ou reconnu tel par la déclaration du juré, s'il est la suite de l'imprudence ou de la négligence de son auteur, celui-ci sera condamné à une amende qui ne pourra excéder le double de sa contribution mobilière, et, s'il y a lieu, à un emprisonnement qui ne pourra excéder un an.* En conséquence, le magistrat de sûreté requiert que Louis Valette *soit renvoyé devant le tribunal correctionnel, pour y être jugé conformément à la loi.*

» Le 3 du même mois, le directeur du jury décide qu'il n'y a pas lieu au renvoi requis, et motive son ordonnance sur la prétendue abrogation de l'art. 15 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, par les art. 252, 254 et 255 du Code du 3 brumaire an 4.

» D'après ce dissentiment d'opinions entre le directeur du jury et le magistrat de sûreté, la question est soumise au tribunal de première instance de Saint-Flour, qui, par jugement du 10 du même mois, prononce conformément à l'ordonnance du directeur du jury.

» Ce jugement est déféré à la cour de justice criminelle du département du Cantal; et par arrêt du 1er. juillet de la même année, *considérant que le Code du 3 brumaire an 4 n'a pas aboli la loi du 22 juillet 1791; que l'art. 250 de ce Code n'est relatif qu'à de nouvelles poursuites criminelles, et qu'il ne peut être étendu aux actions correctionnelles ou civiles, résultant, d'un délit;* cette cour *déclare nuls et de nul effet l'ordonnance du directeur du jury, du 3 juin, et le jugement du 10 du même mois; et pour la continuation de la procédure et l'instruction du délit résultant des charges et informations, renvoie la cause et les parties devant le magistrat de sûreté; pour, ledit Valette, prévenu, être poursuivi et jugé conformément à la loi.*

» Cet arrêt n'ayant été attaqué dans le délai fatal, ni par le ministère public, ni par Louis Valette, a vraisemblablement reçu son exécution; mais il n'en importe pas moins de l'annuler pour l'intérêt de la loi; et c'est dans cette vue que le grand juge ministre de la justice l'a dénoncé à l'exposant.

» Les motifs qui en provoquent l'annullation, se présentent d'eux-mêmes.

» L'art. 15 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 porte sur deux cas qu'il faut bien distinguer: sur celui où un homicide commis par imprudence ou négligence, a été *dénoncé*

comme involontaire, et sur celui où il a été *reconnu tel par la déclaration du jury*.

» Le premier cas est celui où le magistrat de sûreté, au lieu de requérir la traduction du prévenu devant le jury, et de dresser contre lui un acte d'accusation, se borne à le dénoncer comme auteur d'un homicide commis involontairement, mais par imprudence ou négligence. Alors, nul doute que le prévenu ne doive être traduit directement devant le tribunal correctionnel: nul doute qu'on ne doive, après avoir constaté les faits articulés par la plainte du magistrat de sûreté, appliquer les peines portées par la loi du 22 juillet 1791.

» Le second cas est celui où les jurés ont *reconnu* par leur *déclaration*, que l'homicide pour raison duquel le prévenu a été traduit devant eux, comme l'ayant commis volontairement, n'a été que l'effet d'une négligence ou d'une imprudence, et que le prévenu n'a point eu la volonté de le commettre. Alors, sans contredit, les peines que prononce la loi du 22 juillet 1791 doivent être également infligées au prévenu. Mais par qui doivent-elles l'être? Elles doivent l'être, *elles ne peuvent l'être* que par les juges devant lesquels les jurés ont fait la déclaration qui fixe le caractère de l'homicide pour raison duquel le prévenu a été traduit devant eux. Or, ces juges, quels sont-ils? Bien évidemment ce sont ceux de la cour de justice criminelle; car il n'y a que les jurés appelés devant la cour de justice criminelle, qui puissent, par leur déclaration, décider que l'homicide dénoncé comme crime, a été commis involontairement et par le seul effet d'une négligence ou d'une imprudence. Les jurés d'accusation n'ont pas ce pouvoir: leur déclaration ne peut jamais être motivée, et elle doit toujours se réduire à ces seuls mots: *oui, il y a lieu*; ou, *non, il n'y a pas lieu*.

» De là, la conséquence que le second cas prévu par l'art 15 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, ne peut se réaliser que dans la circonstance où un prévenu d'homicide a été mis en accusation et traduit devant le jury de jugement.

» Et cette conséquence en amène nécessairement une autre: c'est que, si, au lieu de mettre le prévenu d'homicide en accusation, le premier jury déclare qu'il n'y a pas lieu à accusation contre lui, le prévenu est irrévocablement affranchi de la juridiction correctionnelle; et qu'on peut seulement, lorsqu'il survient de nouvelles charges, dresser contre lui un nouvel acte d'accusation; sauf, si ce nouvel acte d'accusation est admis, à la cour de justice criminelle, de le condamner aux peines portées par la loi du 22 juillet 1791, en cas que les jurés de jugement déclarent qu'il a commis l'homicide involontairement et par imprudence ou négligence.

» Tel est le vœu bien prononcé de l'art. 255 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4: *le prévenu à l'égard duquel le jury d'accusation a déclaré qu'il n'y a pas lieu à accusation, ne peut plus être poursuivi pour raison du même fait, à moins que, sur de nouvelles charges, il ne soit présenté un nouvel acte d'accusation*.

» Par ces mots, *ne peut plus être poursuivi pour raison du même fait*, le législateur ne défend pas seulement de nouvelles poursuites par la voie du grand criminel; il défend toutes poursuites indistinctement, et par conséquent les poursuites par la voie correctionnelle, comme les autres.

» Du reste, le directeur du jury de Saint-Flour est tombé dans une grande erreur (et la cour de justice criminelle du Cantal l'a justement relevé à cet égard) lorsqu'il a avancé, dans son ordonnance du 3 juin, que la disposition de l'art. 15 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 avait été abrogée par l'art. 255 du Code du 3 brumaire an 4. Le Code du 3 brumaire an 4 n'a fait, par son 255e. article, que renouveler littéralement la disposition de l'art. 28 du tit. 1er. de la seconde partie de la loi du 16-29 septembre 1791, sur la procédure par jurés; et assurément, par cette disposition, la loi du 16-29 septembre 1791 n'avait pas abrogé l'art. 15 du tit. 2 de celle du 22 juillet précédent.

» Mais, quoique mal motivée, l'ordonnance du directeur du jury de Saint-Flour n'en était pas moins calquée sur les vrais principes; il ne faudrait, pour la justifier, que la rapprocher du décret rendu le 21 prairial an 2, *sur la question proposée par un jugement du tribunal de district de Chaumont, et tendant à savoir si, après une déclaration du jury d'accusation, portant qu'il n'y a pas lieu à accusation, le tribunal de district peut renvoyer le prévenu devant le tribunal de police correctionnelle, avec les pièces de la procédure instruite contre lui*. Par ce décret, la Convention nationale, *considérant qu'aux termes de l'art. 28 du tit. 1er. de la deuxième partie de la loi du 16 septembre 1791, lorsque les jurés prononcent qu'il n'y a pas lieu à accusation, le prévenu doit être mis en liberté, et ne peut plus être poursuivi à raison du même fait, à moins qu'il ne survienne contre lui de nouvelles charges; que le tribunal de district ne peut pas se rendre juge de la déclaration du jury, ni par conséquent décider qu'elle n'a

pas été motivée, soit sur ce que le fait n'était pas constant, soit sur ce que le prévenu était absolument irréprochable...... ; déclare qu'il n'y a pas lieu à délibérer.

» A la vérité, ce décret ne peut plus être invoqué comme loi : il a été abrogé comme tel, avec la loi du 16-29 septembre 1791, par l'art. 594 du Code du 3 brumaire an 4 ; mais il forme toujours une autorité grave, en tant qu'il sert d'interprétation à un article de la loi du 16-29 septembre 1791, que le Code du 3 brumaire an 4 a conservé.

» Aussi la cour a-t-elle jugé, dans une espèce fort analogue à celle-ci, que sa disposition est implicitement maintenue par le Code du 3 brumaire an 4.

» Dans le fait, Jean Pierre Carrey avait été, comme prévenu d'homicide dans la personne de Charlotte Monceaux, femme de Marc Foucault, traduit devant le jury d'accusation de Choisy-sur-Seine, lequel avait déclaré qu'il n'y avait lieu. Marc Foucault, nonobstant cette déclaration, avait rendu contre Carrey une plainte en homicide commis par imprudence ; et cette plainte avait été suivie d'un jugement correctionnel, qui condamnait celui-ci à une amende de 500 francs, un emprisonnement d'un mois, et 4,000 francs de dommages-intérêts. Carrey avait appelé de ce jugement ; mais la cour de justice criminelle du département de la Seine l'avait confirmé par arrêt du 11 messidor an 7.

» Recours en cassation contre cet arrêt ; et le 21 thermidor suivant, au rapport de M. Busschop,

» *Vu les art. 8, 241, 255 et la sixième disposition de l'art. 456 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4 ;*

» *Considérant que le jury d'accusation, convoqué le 30 pluviôse dernier, pour prononcer sur l'acte d'accusation dressé par le directeur du jury de l'arrondissement de Choisy-sur-Seine, le 23 du même mois, contre le demandeur en cassation, comme prévenu de l'homicide sur la personne de Charlotte Monceaux, épouse de Marc Foucault, à Vitry-sur-Seine, a déclaré qu'il n'y a pas lieu à accusation, sans que, depuis, il soit survenu de nouvelles charges à raison du même fait ; et que, par conséquent, ledit demandeur ne pouvait plus, d'après les dispositions de l'art. 255 du Code des délits et des peines, être poursuivi à raison dudit homicide ;*

» *Considérant qu'on ne saurait induire de ladite déclaration du jury d'accusation portant qu'il n'y a pas lieu, que l'accusé n'a été acquitté que pour autant que le fait de l'accusation n'était pas susceptible d'être poursuivi criminellement, et non pas pour autant que le même fait pouvait donner lieu à une poursuite correctionnelle, ou même de simple police ;*

» *Attendu que, d'après les dispositions de l'art. 241 dudit Code des délits et des peines, les jurés d'accusation ne peuvent examiner de quel genre de peine le fait de l'accusation est de nature à être puni ; il s'ensuit que la déclaration du jury d'accusation embrasse indéfiniment le fait sur lequel il prononce ; et que, par conséquent, les dispositions de l'art. 255 du Code ci-dessus cité, ne peuvent être restreintes à la seule poursuite criminelle ; mais qu'elles comprennent aussi toutes poursuites correctionnelles et de simple police ;*

» *Considérant que, si, d'après les dispositions de l'art. 8 dudit Code, la partie lésée a voulu intenter l'action civile à raison du dommage souffert à cause de l'homicide dont le demandeur en cassation a été prévenu, la poursuite de cette action n'ayant pu concourir avec l'action publique qui était éteinte par la déclaration négative du jury d'accusation, devait nécessairement rentrer dans la connaissance ordinaire des tribunaux civils (1) ; et que, par conséquent, les tribunaux correctionnels et criminels étaient incompétens pour en connaître ;*

» *Que néanmoins le tribunal criminel du département de la Seine, en prononçant les peines correctionnelles, et en adjugeant les dommages et intérêts portés dans son jugement du 11 messidor dernier, a fait droit tant sur la poursuite correctionnelle par action publique, que sur la poursuite de l'action civile à raison du fait de l'homicide dont le demandeur en cassation avait été acquitté par un jury d'accusation ; et qu'ainsi, ledit tribunal criminel a commis un excès de pouvoir, par contravention aux art. 8 et 255 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, ci-dessus cités et transcrits :*

---

(1) On ne doit pas inférer de là qu'en s'exprimant ainsi, la cour de cassation ait entendu décider que l'action civile était encore recevable en pareille circonstance ; car la déclaration du jury ayant pu être motivée, comme le dit textuellement le décret du 21 prairial an 2, *soit sur ce que le fait n'était pas constant, soit sur ce que le prévenu était absolument irréprochable*, elle formait nécessairement obstacle à toute action, même civile, qui eût eu pour objet de faire condamner le prévenu comme auteur du fait. *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 17 mars 1813, rapporté ci-après, n°. 15.

» *Par ces motifs, le tribunal faisant droit au pourvoi de Jean-Pierre Carrey fils, casse et annulle le jugement rendu par le tribunal criminel du département de la Seine, le 11 messidor an 7.....*

» Un arrêt aussi formel et aussi bien motivé, ne peut plus laisser de doute sur la nécessité de faire disparaître celui de la cour de justice criminelle du département du Cantal, qui a renvoyé Louis Valette devant le tribunal correctionnel de Saint-Flour.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 88 de la loi du 27 ventôse an 8, et les art. 241, 255 et 256 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, casser et annuler, pour l'intérêt de la loi, l'arrêt de la cour de justice criminelle du département du Cantal, du 1er. juillet 1807; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de ladite cour.

» Fait au parquet, le 26 décembre 1807. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport fait par Charles Minier...;

» Vu l'art. 88 de la loi du 27 ventôse an 8; les art. 241, 255 et 456 de la loi du 3 brumaire an 4...;

» Considérant qu'en combinant ensemble les articles des lois ci-dessus citées et transcrites, ou est forcé de reconnaître que, lorsqu'un jury d'accusation s'est expliqué par la formule négative, *il n'y a pas lieu à accusation*, sur un acte d'accusation relatif à une question d'homicide, sa déclaration embrasse indéfiniment le fait sur lequel il prononce dans tous ses rapports relatifs à la pénalité, de manière que le prévenu ainsi renvoyé ne peut plus être poursuivi, soit criminellement, soit par voie de police correctionnelle, aux termes de l'art. 255 du Code du 3 brumaire an 4, qui embrasse, sans aucune restriction, et les poursuites criminelles et les poursuites correctionnelles ou de simple police;

» Que le magistrat de sûreté de l'arrondissement de Saint-Flour est tombé dans une erreur évidente, et qu'il a méconnu la disposition de cet art. 255, lorsqu'après la déclaration négative du jury d'accusation de cet arrondissement, sur l'accusation d'homicide portée contre Louis Valette fils, il a cru, sous prétexte que cet homicide était l'effet d'une imprudence de sa part, qu'il pouvait être traduit à la police correctionnelle, en vertu de l'art. 15 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, et lorsque, par suite de cette opinion erronée, il a requis le renvoi de Louis Valette devant le tribunal de police correctionnelle, pour y être jugé conformément à la loi;

» Qu'au contraire, en se refusant à faire droit sur cette réquisition par son ordonnance du 3 juin, le directeur du jury de Saint-Flour s'était conformé aux véritables règles;

» Que, si cette ordonnance a été mal motivée, elle n'était pas moins juste et régulière dans son dispositif;

» Que le tribunal de première instance de Saint-Flour, appelé par la loi à prononcer sur cette dissidence d'opinions entre le magistrat de sûreté et le directeur du jury, avait également consacré les vraies maximes de la matière, en adoptant, par son jugement, l'opinion du directeur du jury;

» Et que la cour criminelle du département du Cantal, en infirmant ce jugement, pour ordonner la continuation des poursuites intentées par le magistrat de sûreté, le 1er. juillet dernier, a rendu un arrêt illégal, commis un véritable excès de pouvoir et une contravention aux art. 8 et 255 du Code de brumaire an 4;

» Par ces motifs, la cour faisant droit sur le réquisitoire du procureur général, casse et annulle, pour l'intérêt de la loi, l'arrêt rendu, le 1er. juillet dernier, par la cour de justice criminelle du département du Cantal.... ».

Pourrait-on, devrait-on encore juger de même sous le Code d'instruction criminelle de 1808?

Oui, mais dans un seul cas : dans celui où l'arrêt de la chambre d'accusation qui aurait déclaré n'y avoir lieu à accusation contre le prévenu, ne serait pas motivé, et où le procureur général ne l'aurait pas attaqué par la voie de cassation, en vertu de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810.

Dans tout autre cas, la question ne pourrait plus même se présenter.

V *bis*. L'ordonnance du président d'une cour d'assises qui, d'après la déclaration du jury, acquitte l'accusé d'un meurtre, fait-elle obstacle à ce que l'accusé soit poursuivi de nouveau devant le tribunal correctionnel, comme coupable d'un homicide commis par imprudence, maladresse, négligence ou contravention aux règlemens?

Voici une espèce dans laquelle j'ai traité cette question à l'audience de la section criminelle de la cour de cassation.

Le 18 septembre 1811, en vertu des ordres du sous-préfet de Villefranche, des gendarmes se transportent, vers onze heures du soir, dans la commune de Mourville-Basse, pour y faire la recherche d'un particulier prévenu d'assassinat. Il se rendent d'abord chez le maire.

Deux d'entre eux entrent dans sa maison, les autres restent à la porte.

L'un de ceux-ci, nommé *Memet*, entendant du bruit, se détache, le sabre nu à la main, et bientôt après, on entend un coup de fusil. Les autres gendarmes accourent, voient leur camarade Memet blessé mortellement, et apperçoivent un particulier fuyant vers la métairie.

Ils se rendent, avec le maire, dans cette habitation. Là se présente à eux Jean Diffis, domestique du maire; il leur déclare que c'est lui qui a tiré le coup de fusil sur Memet; qu'ayant entendu les chiens aboyer à la porte de son maître, il y est accouru avec son fusil; qu'ayant vu du monde, et croyant qu'on se portait chez lui, il a, pour sa propre sûreté, déchargé son arme, dans la pensée qu'il tirait sur des voleurs, et qu'il est désolé de cet accident.

Le 14 octobre de la même année, arrêt de la cour de Toulouse, qui met Jean Diffis en état d'accusation, comme prévenu d'homicide volontaire, et le renvoie devant la cour d'assises du département de la Haute-Garonne.

Le lendemain, acte d'accusation dont le résumé est ainsi conçu: « En conséquence, » ledit Jean Diffis est accusé d'être l'auteur du » meurtre du gendarme Memet, la nuit du 18 » au 19 septembre dernier, crime prévu par » l'art. 304 du Code pénal ».

L'affaire portée à l'audience de la cour d'assises, le 3 janvier 1812, le président pose ainsi les questions résultant de l'acte d'accusation et des débats:

« Jean Diffis, accusé, est-il coupable du meurtre commis dans la nuit du 18 septembre 1811, sur la personne de Memet, gendarme, avec toutes les circonstances ramenées dans le résumé de l'acte d'accusation?

» Est il constant que le meurtre ait été provoqué par quelque violence »?

A ces deux questions le jury fait une seule réponse: « Non, Jean Diffis n'est pas coupable ».

En conséquence, le président acquitte purement et simplement Jean Diffis de l'accusation portée contre lui.

Peu de temps après, le ministère public fait assigner Jean Diffis à l'audience du tribunal correctionnel de Villefranche, pour se voir condamner, comme coupable d'un homicide commis par imprudence dans la personne du gendarme Memet, à l'emprisonnement et à l'amende determinés par l'art. 319 du Code pénal.

Le 3 février suivant, jugement qui déclare le ministère public non-recevable. Appel.

Le 27 août de la même année, arrêt de la cour de Toulouse ainsi conçu:

« La question à juger consiste à savoir si, d'après le nouveau Code d'instruction criminelle, un individu, prévenu d'abord du crime de meurtre, et acquitté par le jury de ce crime, peut ensuite être poursuivi pour homicide commis par imprudence?

» Le procureur général convient que, d'après l'ancien Code du 3 brumaire an 4, le prévenu acquitté ne pouvait plus être poursuivi à raison du même délit, sous quelque prétexte que ce fût; parceque, dit il, ce Code voulait qu'on posât d'une maniere *incomplexe* les questions sur le *fait*, sur les *circonstances*, et sur la *moralité* du même fait; en sorte qu'après avoir demandé au jury si l'homicide était *volontaire*, on pouvait lui demander si le même homicide avait été commis par *imprudence;* et que, s'il le déclarait commis par imprudence, les juges appliquaient une peine correctionnelle; de maniere que les juges ayant la faculté de faire déterminer par le jury tous les différens caractères du délit, il n'y avait plus lieu à remettre l'accusé en jugement pour le même fait; mais que, d'après le nouveau Code d'instruction criminelle, le jury ne pouvant s'occuper que du fait *tel qu'il est qualifié dans l'acte d'accusation*, et n'ayant dû conséquemment délibérer, dans l'espèce, que sur l'unique question de savoir, si l'accusé était coupable du crime de *meurtre*, il restait à juger si l'homicide avait été commis par *imprudence*, ce qui n'est plus le crime dont l'accusé avait été acquitté, mais un délit correctionnel qui n'a pas même pu être mis en question ni être jugé;

» Considérant que, d'après l'art. 360 du Code d'instruction criminelle, toute personne acquittée légalement ne pouvant plus être reprise ni accusée à raison du même fait, il résulte nécessairement de cette disposition que, si les nouvelles poursuites ont pour objet le même fait qui a donné lieu à l'accusation, elles sont rejettables.

» Or, ici il s'agit, dans l'une et l'autre poursuite, du même fait, c'est-à-dire, de l'homicide commis par Diffis sur la personne du gendarme Memet; et d'après cette loi et la règle *Non bis in idem*, Diffis ayant été acquitté, ne peut plus être poursuivi relativement à cet homicide. Le nouveau Code d'instruction criminelle n'a fait, à cet égard, aucun changement sur la maxime *Non bis in idem*; il n'a fait que substituer une chambre d'accusation au jury d'accusation, et rien n'empêche encore que le président des assises ne pose des questions qui naissent des débats. Mais ici il n'y a qu'une seule action, un seul fait; c'est l'homicide du gendarme Memet; c'est à raison de cet homicide que Diffis a été acquitté par

le jury, et c'est à raison de ce même homicide que le ministère public le poursuit aujourd'hui devant la police correctionnelle. Cet homicide était-il volontaire, était-il l'effet de l'imprudence? C'était au ministère public à le qualifier dans ses réquisitions, et en le soumettant au jury sous *une* qualification, il ne peut plus le reproduire sous une *autre*, pour en faire l'objet d'une nouvelle poursuite;

» D'après ces motifs, la cour rejette la requête d'appel, et ordonne que le jugement de première instance sortira son plein et entier effet ».

Recours en cassation contre cet arrêt de la part du ministère public.

« L'arrêt qui vous est dénoncé (ai-je dit à l'audience de la section criminelle le 29 octobre 1812) fait-il une fausse application de la regle *Non bis in idem*; et par suite, viole-t-il la disposition de l'art. 319 du Code pénal, qui détermine les peines de l'homicide commis involontairement, mais par imprudence, maladresse, négligence ou contravention aux réglemens? C'est la seule question qui, dans cette affaire, doit fixer l'attention de la cour.

» Pour la discuter avec tout le soin qu'elle nous paraît mériter, nous croyons devoir d'abord examiner comment elle devrait être résolue, si le jury avait reconnu Jean Diffis, auteur de l'homicide du gendarme Memet, et se fût borné à déclarer qu'il ne l'avait pas commis volontairement, sans expliquer qu'il l'avait commis par imprudence.

» Dans cette hypothèse, la question nous paraîtrait devoir se réduire à celle ci : le jury a-t-il dû être mis, par le président de la cour d'assises, à portée de décider si Jean Diffis s'était ou non rendu coupable d'imprudence dans l'homicide du gendarme Memet?

» Car si le président de la cour d'assises n'a pas dû interroger le jury sur ce point, il est bien clair que Jean Diffis ne peut pas être censé avoir été mis en jugement, sur ce point, devant le jury; il est bien clair que le jury n'a pas pu, sur ce point, prononcer en faveur de Jean Diffis, comme il n'aurait pas pu prononcer contre lui; il est bien clair par conséquent que Jean Diffis peut encore, sur ce point, être mis en jugement devant un tribunal correctionnel.

» Mais si au contraire le président de la cour d'assises a dû interroger le jury sur ce point, nul doute que le silence du jury sur ce point, ne doive être interprété en faveur de Jean Diffis, et n'emporte son acquittement absolu sur toutes les circonstances de l'homicide du gendarme Memet. C'est ainsi que le 14 pluviôse an 12, vous avez décidé, en cassant un arrêt de la cour de justice criminelle du Bas Rhin, que Charles-Gaspard Stein ayant été acquitté de l'accusation d'avoir empoisonné sa femme enceinte, en lui faisant prendre une boisson corrosive, ne pouvait plus être poursuivi comme prévenu d'avoir procuré l'avortement de sa femme au moyen de cette boisson, parceque bien que l'acte d'accusation terminat par dire seulement qu'il résultait *des détails ci-dessus*, que Stein était prévenu d'avoir empoisonné sa femme, il n'en était pas moins certain que ces détails portaient sur l'avortement; que, par une suite nécessaire, les juges avaient dû, d'après l'art. 373 du Code du 3 brumaire an 4, poser une série de questions sur l'avortement; et qu'ils n'avaient pas pu, en omettant de la poser, priver l'accusé de l'avantage d'être jugé sur le fait d'avortement en même temps que sur le fait d'empoisonnement.

» Il faut donc en revenir à notre question préliminaire : il faut donc examiner si le président de la cour d'assises a dû interroger le jury sur l'imprudence que l'on a depuis présentée comme la cause de l'homicide commis par Jean Diffis dans la personne du gendarme Memet.

» Or, cette question, comment devons-nous la résoudre?

» La cour de Toulouse n'hésite pas à dire dans son arrêt, que, sous le Code du 3 brumaire an 4, le président de la cour de justice criminelle pouvait et devait, lorsque l'acte d'accusation ou les débats lui en fournissaient le sujet, demander au jury qui avait à prononcer sur le sort d'un accusé d'homicide volontaire, si l'accusé, dans le cas où il serait reconnu avoir commis l'homicide involontairement, ne l'avait pas du moins commis par imprudence.

» Et il faut convenir que l'art. 374 du Code du 3 brumaire an 4 paraît justifier cette opinion.

» En effet, cet article veut que le président pose les questions qui, *sur la moralité du fait et le plus ou moins de gravité des délits, résultent de l'acte d'accusation ou de la défense de l'accusé, et du débat; et qu'il les pose en commençant par les plus favorables à l'accusé.*

» Ainsi, dans notre espèce où l'on pouvait induire de l'acte d'accusation que Jean Diffis, s'il n'avait pas commis volontairement l'homicide dont il était accusé, l'avait au moins commis par imprudence, il semble que le président aurait dû, sous le Code du 3 brumaire an 4, demander aux jurés, d'abord si c'était par imprudence que Jean Diffis avait

commis cet homicide, ensuite s'il l'avait commis volontairement.

» Et ce qui ne laisse pas que d'ajouter à cette opinion un certain degré de probabilité, c'est que, dans la loi en forme d'instruction du 29 septembre 6 octobre 1791, nous lisons ce qui « suit : le Code criminel et celui de police cor» rectionnelle ont réglé la peine encourue par » les délits que *les jurés reconnaîtront avoir » été commis involontairement* ou *par sim» ple imprudence* ».

» Enfin, rien n'était plus ordinaire, sous le Code du 3 brumaire an 4, que de voir des déclarations de jury prononcer sur des questions dont le résultat ne pouvait être que de faire condamner les accusés à des peines correctionnelles.

» Mais le Code d'instruction criminelle de 1808 a introduit, sur la manière de poser les questions, des règles toutes différentes de celles qu'avait tracées le Code du 3 brumaire an 4. Ce n'est plus au corps de l'acte d'accusation, c'est uniquement au *résumé* de cet acte, que le président doit s'attacher dans la position des questions; et il doit se borner à demander aux jurés si l'accusé est *coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation.*

» L'art. 338 ajoute que, *s'il résulte des débats une ou plusieurs circonstances* AGGRAVANTES, *non mentionnées dans l'acte d'accusation, le président ajoutera la question suivante : l'accusé a-t-il commis le crime avec telle ou telle circonstance ?* Mais, remarquons-le bien, ce n'est que relativement aux circonstances *aggravantes*, que la loi s'explique ainsi : elle n'impose pas le même devoir au président, lorsqu'il résulte des débats des circonstances qui changent le caractère du crime, et le réduisent, ou à l'état de simple délit, ou à l'état de simple contravention.

» Il est vrai que, par l'art. 339, il est dit que, si l'accusé a proposé pour excuse un fait admis comme tel par la loi, la question sera ainsi posée : *Tel fait est-il constant ?* Mais en limitant ainsi l'obligation du président aux faits d'excuse admis par la loi, il en affranchit évidemment les faits de toute autre nature qui n'ont pas le caractère déterminé par l'art. 338, c'est-à-dire, qui ne sont pas aggravans.

» Et de là il résulte clairement que, lorsque, sur une accusation de meurtre, le président propose aux jurés la question de savoir si l'accusé est coupable d'un homicide volontaire, il fait tout ce que la loi l'oblige de faire; et que ce serait transgresser les bornes de sa mission que d'ajouter à cette question celle de savoir si l'accusé est coupable d'un homicide commis par imprudence.

» Il est vrai qu'au premier aspect, l'art. 365 semblerait faire entendre le contraire.

» Suivant cet article, lorsque le fait dont le jury a déclaré l'accusé convaincu, est défendu par une loi pénale, la cour d'assises doit prononcer la peine établie par cette loi, *même dans le cas où, d'après les débats, il se trouverait n'être pas de la compétence de la cour d'assises;* et cela paraît supposer que le président a dû, d'après les débats, poser des questions portant uniquement sur de simples délits ou de simples contraventions.

» Mais ainsi entendu, l'art. 365 serait en opposition manifeste avec l'art. 338 qui n'oblige le président de poser, d'après les débats, des questions prises hors de l'acte d'accusation, qu'autant que ces questions naissent de *circonstances aggravantes*; et il n'est pas permis de présumer que la loi se soit ainsi contrariée elle-même.

» Nous devons donc restreindre l'art. 365 au cas où les délits et les contraventions déclarées par le jury, sont le résultat de faits qui ont été présentés dans l'acte d'accusation avec des circonstances constitutives de crime, mais que la déclaration du jury a dépouillés de ces circonstances.

» Par exemple, un vol est présenté dans un acte d'accusation, comme fait avec des armes et dans une maison habitée. Le jury déclare l'accusé coupable du vol, mais il ajoute que l'accusé ne l'a commis, ni dans une maison habitée, ni avec des armes. Voilà bien le vol dépouillé par la déclaration du jury, de son caractère de crime; mais il lui reste le caractère de délit; et la cour d'assises doit le punir comme tel. L'art. 365 le veut ainsi, et il ne veut pas autre chose.

» On ne peut donc pas inférer de cet article qu'il y ait lieu, sur l'accusation d'un crime quelconque, de poser, même d'après les débats, des questions résultant des circonstances, qui, sans former des faits d'excuse admis par la loi, changent la nature du fait principal présenté dans l'acte d'accusation comme crime, et le convertissent en simple délit ou en simple contravention. On ne peut donc pas inférer de cet article, que, sur une déclaration de meurtre, le président puisse, même d'après les débats, poser la question de savoir s'il y a eu homicide commis par imprudence.

» Et cette conséquence en amène nécessairement une autre que nous avons déjà indi-

quée : c'est que celui qui a été mis en jugement sur une accusation de meurtre, ne l'a été et ne peut être censé l'avoir été que sur cette accusation; c'est qu'il n'a pas été mis en jugement sur la prévention d'homicide commis par imprudence; c'est qu'acquitté de l'une, il ne l'est pas de l'autre; c'est que sur celle-ci, il peut encore être remis en jugement.

» Vous l'avez même jugé ainsi, au moins implicitement, le 14 octobre 1811, au rapport de M. Bauchau.

» Dans le fait, Anne Tychenne avait été mise en accusation par la cour de Toulouse, et renvoyée à la cour d'assises du département de l'Arriège, comme prévenue du crime d'infanticide. Le 13 août 1811, déclaration du jury portant que *l'accusée n'est point coupable d'avoir infanticidé son enfant*; et aussitôt ordonnance du président qui la déclare acquittée. Cette ordonnance prononcée, le procureur criminel se lève et conclud à ce qu'Anne Tychenne soit condamnée, comme coupable d'homicide commis par imprudence dans la personne de son enfant, aux peines correctionnelles déterminées par la loi; et le même jour, arrêt par lequel,

» *Attendu qu'il est résulté des débats, surtout du dire des officiers de santé, que l'enfant dont ladite Anne Tychenne était accouchée, était parfaitement conformé et était ne viable; que c'est par l'imprudence ou la négligence de la mère de l'enfant, qu'il a péri; que l'imprudence est convenue par elle, puisqu'elle a avoué être montée sur un cerisier le même jour de ses couches, et lorsqu'elle sentait les premières douleurs de l'enfantement, et encore par l'aveu qu'elle a fait d'avoir caché son enfant dans le fumier, aussitôt après son accouchement;*

» *Attendu qu'elle est coupable de négligence, en n'appelant personne pour l'aider dans ses couches, et en cachant à sa maîtresse l'état où elle se trouvait, quoique celle-ci lui offrit et lui prodiguât tous les secours;*

» *La cour condamne ladite Anne Tychenne à une année de prison.*

» Anne Tychenne se pourvoit en cassation contre cet arrêt et soutient, 1°. qu'en la condamnant à des peines correctionnelles, nonobstant l'ordonnance qui l'avait acquittée d'après la déclaration du jury, la cour d'assises a violé l'autorité de la chose jugée; 2°. qu'en basant cette condamnation sur les faits que le jury n'avait pas déclarés, la même cour a entrepris sur les fonctions des jurés et commis un excès de pouvoir.

» De ces deux moyens, le second était péremptoire; mais la cour, frappée sans doute de la gravité des circonstances qui déposaient contre la réclamante, et de l'extrême indulgence avec laquelle le jury l'avait traitée, non seulement ne s'y est pas arrêtée, mais même n'en a pas dit le mot.

» Quant au premier, elle l'a rejeté formellement : *Attendu* (a-t-elle dit) *que la déclaration du jury a pu décharger la réclamante de la prévention d'homicide criminel; que néanmoins celle-ci a pu rester chargée de la prévention d'homicide commis par imprudence ou négligence, et passible de la peine correctionnelle applicable à ce délit;*

» *La cour rejette.....* »

» Par là, messieurs, vous avez jugé nettement que l'ordonnance d'acquittement rendue d'après la déclaration du jury, sur l'accusation d'homicide volontaire, n'avait pas éteint la prévention d'homicide commis par imprudence, et par conséquent vous avez jugé à l'avance que, si la cour d'assises n'eut pas prononcé elle-même sur cette prévention, cette prévention eût pu être portée devant un tribunal correctionnel.

» Plus récemment, vous avez tout à la fois consacré le même principe, et réprimé un excès de pouvoir semblable à celui que s'était permis la cour d'assises du département de l'Arriège.

» Les nommés Barthès, Ribes et Chayla, accusés par la cour de Toulouse *du crime de viol, chacun d'eux ayant été aidé, pour le commettre, par une ou plusieurs personnes*, sont traduits devant la cour d'assises du département du Tarn. Les débats terminés, le président pose cette question : *les accusés sont-ils coupables d'avoir commis le crime de viol, ou d'un attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence, contre Marie Saulières, avec les circonstances énoncées dans l'acte d'accusation?* Le jury répond unanimement : *non, les accusés ne sont pas coupables*. En conséquence, le président les déclare acquittés. Cependant, à l'instant même, il intervient, sur les réquisitions du ministère public, un arrêt qui les déclare convaincus d'avoir, avec préméditation, porté des coups et causé des blessures à Marie Saulières, sans qu'il en soit résulté pour celle-ci une incapacité de travail pendant plus de vingt jours; et les condamne chacun à cinq ans d'emprisonnement, à 500 francs d'amende et aux dépens.

» Barthès, Ribes et Chayla se pourvoient en cassation, et par arrêt du 30 mai dernier, au rapport de M. Van-Toulon,

» *Vu les art. 408 et 365 du Code d'instruction criminelle;*

» *Attendu que la déclaration des faits, soit qu'ils constituent un crime, soit qu'ils n'aient que le caractère de délit, est exclusivement dans les attributions des jurés;*

» *Que les cours d'assises, hors des attributions extraordinaires qui leur sont conférées par les art. 351 et 352 du Code d'instruction criminelle, n'ont de juridiction, relativement aux faits portés dans l'acte d'accusation, ou nés du débat, que pour faire à ces faits, tels qu'ils ont été reconnus et déclarés par le jury, l'application de la loi;*

» *Que l'art. 365 du Code d'instruction criminelle, qui a renouvelé l'art 434 du Code du 3 brumaire an 4, n'a point dérogé à ce principe fondamental de la procédure criminelle; et qu'en accordant aux cours d'assises le droit de prononcer des peines correctionnelles ou de police, il a supposé que les faits auxquels ces peines pouvaient être appliquées, auraient été fixés et déclarés constans par le jury;*

» *Qu'en effet, d'après la liaison de cet article avec l'art. 364 qui le précède, le fait sur lequel la cour d'assises est autorisée à prononcer la peine établie par la loi, dans le cas où, d'après les débats, ce fait se trouverait n'être plus de sa compétence, n'est autre que le fait dont l'accusé a été déclaré coupable; et d'après la liaison de cet art. 364 avec l'art. 337, le fait dont l'art. 364 suppose que l'accusé a été déclaré coupable, n'est autre que le fait reconnu constant par la déclaration du jury, d'après le résultat des débats;*

» *Et attendu que, dans l'espèce, la déclaration du jury n'avait constaté aucun délit correctionnel; qu'elle ne présentait qu'une décision purement négative sur le fait de l'accusation qui était un viol ou un attentat à la pudeur commis avec violence; que cette déclaration ne pouvait donc servir de base à aucune condamnation;*

» *Que la cour d'assises du département de Tarn a prononcé néanmoins une peine correctionnelle sur un délit d'excès et de mauvais traitemens; qu'elle a jugé et déclaré que la conviction de ce délit lui était acquise d'après le résultat des débats; qu'en statuant ainsi sur la preuve d'un fait de délit, elle a commis une usurpation sur les attributions des jurés, et violé les règles de la compétence établies par la loi;*

» *La cour casse et annulle...;*

» *Et vu la dernière disposition de l'art. 429 du Code d'instruction criminelle, déclare n'y avoir lieu à aucun renvoi;*

» *Attendu néanmoins que de l'arrêt annulé, il résulte que les susdits Noë Ribes, Jean Barthès et Benoit Chayla pourraient être coupables de sévices, excès, mauvais traitemens, qui ne se rattacheraient pas, par un lien nécessaire, au fait de viol ou d'attentat à la pudeur, commis avec violence, qui seul a été l'objet de l'accusation, des questions posées et de la réponse du jury;*

» *Que les dispositions de l'art. 361 du Code d'instruction criminelle et l'omission des réserves du ministère public, avant la clôture des débats, à fin de poursuites, ne seraient nullement un obstacle à ce que lesdits Noë Ribes, Jean Barthès et Benoit Chayla fussent poursuivis et jugés sur ces faits d'excès et de mauvais traitemens, d'après une instruction commencée et suivie dans les formes ordinaires;*

» *La cour réserve au ministère public son action telle que de droit, et ainsi qu'il croira devoir en être par lui usé, sur les faits de violences, coups, mauvais traitemens que les susdits Noë Ribes, Jean Barthès et Benoit Chayla pourraient être prévenus avoir méchamment exercés sur la nommée Marie Saulières, indépendamment de la violence qui aurait pu être le moyen du crime de viol ou d'attentat à la pudeur, dont ils ont été déclarés non coupables par le jury..... ...*

» Vous avez donc jugé, dans cette espèce, qu'en acquittant un accusé du crime qui lui est imputé et de toutes les circonstances constitutives de crime qui s'y rattachent, une cour d'assises n'est pas censée l'acquitter du délit dont il peut s'être rendu coupable en même temps et envers la même personne.

» Plus récemment encore, et le 23 même de ce mois, vous avez rendu un arrêt qui reçoit une application plus directe à notre question.

» Le 14 mai dernier, Daniel Récayte est mis en jugement devant la cour d'assises du département des Basses-Pyrénées, comme accusé de meurtre. Après les débats, le président pose ainsi la question: *Daniel Récayte, accusé, est-il auteur ou complice de* L'HOMICIDE VOLONTAIRE *commis sur la personne de Nicolas Puges, la nuit du 22 novembre 1807?* le jury répond: *Daniel Récayte est complice de* L'HOMICIDE INVOLONTAIRE *commis sur la personne de Nicolas Puges.* Et sur cette réponse, le président rend une ordonnance qui acquitte l'accusé.

» Le procureur général de la cour de Pau se pourvoit en cassation et soutient, entre autres choses, que cette ordonnance doit être annulée, parceque, calquée sur une question

mal posée, la déclaration du jury qui en forme la base, ne désigne pas la manière dont l'accusé s'est rendu complice de l'homicide involontaire dont il s'agissait: et n'avait pas mis la cour d'assises à portée de délibérer sur l'application qu'il eût pu y avoir lieu de faire de la peine infligée par la loi a l'homicide involontaire, commis par imprudence.

» Par l'arrêt cité, vous avez considéré que l'accusé, n'ayant été déclaré par le jury que complice d'un homicide involontaire, avait été légalement acquitté du crime de meurtre; *mais* (avez-vous ajouté), *attendu que l'homicide involontaire pouvait donner lieu à des peines correctionnelles, suivant les circonstances de négligence ou d'imprudence d'après lesquelles il aurait été commis; que, par la nature des questions sur lesquelles le président a fait délibérer le jury, la cour d'assises n'a pas eu les élémens nécessaires pour juger s'il y avait lieu à la prononciation de ces peines; que le fait dépouillé du caractère de crime, ne peut être soumis à une autre cour d'assises, sous le rapport des peines dont il peut être susceptible; la cour rejette le pourvoi du procureur général près la cour de Pau....; sauf au ministère public à poursuivre devant le tribunal correctionnel pour l'application des peines correctionnelles, s'il y échéait, d'après les dispositions de l'art. 2, part. 2, tit. 2, sect. 1, du Code pénal de 1791, et de l'art. 319 du Code pénal de 1810* (1).

» On ne pourrait opposer à cette série de décisions uniformes, que l'art. 360 du Code d'instruction criminelle; et ce serait sans fondement qu'on l'opposerait.

» Cet article, qui n'est que la répétition du 426e. du Code du 3 brumaire an 4, porte que *toute personne acquittée légalement*, par une ordonnance du président rendue d'après la déclaration du jury, *ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait*.

» Mais ces mots, *à raison du même fait*, que signifient ils dans cet article?

» Pas autre chose que le même fait matériel, accompagné de circonstances constitutives de crime; et cela est si vrai, que la loi fait précéder ces mots de l'expression *accusée*, qui ne peut se rapporter qu'à des crimes proprement dits, qui ne peut jamais s'appliquer à de simples délits, à de simples contraventions.

(1) On trouve une semblable réserve dans un arrêt du 21 janvier 1813, rapporté sous les mots *Ordonnance du juge*, n°. 2.

» On ne peut donc pas dire que poursuivre une personne pour un homicide présenté comme l'effet d'une imprudence, ce soit la poursuivre, et encore moins *l'accuser*, pour le même homicide qui a été présenté comme volontaire.

» Ce qui, dans une accusation d'homicide volontaire, constitue le fait qui en est l'objet, ce n'est point précisément le fait matériel de l'homicide: c'est un fait complexe, c'est un fait qui se compose à la fois, et du fait matériel de l'homicide, et de l'intention d'homicider. Séparez de ce fait complexe, l'intention d'homicider, réduisez ce fait complexe au fait matériel de l'homicide, vous n'aurez plus le même fait; vous aurez un fait d'une autre nature, et par conséquent un fait auquel ne pourra pas s'appliquer l'art. 360 du Code d'instruction criminelle.

» En voulons-nous une preuve sans réplique? Supposons que, sur une accusation de meurtre, le jury déclare à l'unanimité, par sa première réponse, que l'accusé est auteur de l'homicide dont il s'agit; et par la seconde, à la simple majorité, que l'accusé a commis l'homicide volontairement. Y aura-t-il lieu, dans ce cas, à l'application de l'art. 351, qui veut que, *si l'accusé n'est coupable du fait principal qu'à une simple majorité, les juges délibèrent entre eux sur le même point?* Oui, et vous l'avez ainsi jugé, le 19 mars dernier, au rapport de M. Busschop, et sur nos conclusions (1); et certainement vous n'auriez pas pu le juger ainsi dans le système que nous combattons, c'est-à-dire, si un homicide commis par imprudence, était aux yeux de la loi, le *même fait* qu'un homicide commis volontairement.

» Disons donc que, si, dans notre espèce, le jury avait commencé par déclarer Jean Diffis auteur de l'homicide du gendarme Memet, et qu'ensuite il l'eût déclaré non coupable d'avoir commis volontairement cet homicide, l'ordonnance d'acquittement qui eût été rendue d'après cette déclaration, ne formerait nul obstacle à ce que Jean Diffis fût de nouveau poursuivi comme prévenu d'un homicide commis par imprudence.

» Mais cette hypothèse n'est point celle de l'affaire qui vous occupe en ce moment. Le jury n'a eu à délibérer, d'après la manière dont l'avait interrogé le président, que sur une seule question, sur celle de savoir si Jean Diffis était coupable du meurtre du gendarme Memet; et il a répondu que Jean Diffis n'en était point coupable.

(1) V. l'article *Jury*, §. 4, n°. 22-2°, n°. 2.

réponse par le jury que sur ce fait ainsi caractérisé; que cette accusation, cette question et cette réponse étaient, par elles-mêmes, étrangères à la prévention d'*homicide involontaire* commis par maladresse, imprudence, négligence, etc., caractérisé *délit* par l'art. 319 du même Code;

» Que, dès-lors, et sans la circonstance particulière avec laquelle s'est présentée, dans l'espèce, la déclaration du jury rendue en faveur de Diffis, l'ordonnance d'acquittement qui a suivi cette déclaration, aurait dû être restreinte au fait de l'accusation, et n'aurait pu conséquemment soustraire ledit Diffis aux poursuites légales sur le délit à l'égard duquel il n'y aurait eu ni accusation, ni instruction, ni décision du jury;

» Mais attendu que, sur la question à lui proposée, le jury a déclaré que *Diffis n'est point coupable du meurtre commis sur le gendarme Memet*; que cette déclaration, d'après la généralité de ses expressions, et l'interprétation qu'exige la faveur de tout accusé, doit être censée porter tant sur le fait d'homicide en lui-même ou sur sa légitimité, que sur l'absence de volonté; que, dès-lors, il n'existe plus de base à une poursuite quelconque contre l'accusé, à raison du fait qui a formé l'objet de son accusation; d'après ces motifs, seulement, et sans aucunement approuver ceux de l'arrêt dénoncé,

» La cour rejette le pourvoi..... ».

V. le plaidoyer et l'arrêt du 22 juillet 1813, rapportés aux mots *Réparation civile*, §. 7, n°. 2, à la suite de l'art. 358 du Code d'instruction criminelle.

VI. Lorsque le prévenu d'un délit mêlé d'escroquerie et de faux, a été traduit, comme escroc, à la police correctionnelle, et acquitté, peut on encore le poursuivre comme faussaire au grand criminel?

Le 24 frimaire an 14, Raymond Vassal, originaire de la commune de Fouruche, département de la Lozère, soldat réformé pour une infirmité qui le rend incapable du service militaire, passe devant le notaire Charme, à Aurillac, un acte par lequel il s'oblige envers Pierre Delmas, de remplacer dans la conscription, François Delmas, son fils, moyennant une somme de 24,000 francs, dont la moitié lui est payée comptant.

Dans cet acte, Raymond Vassal tait son véritable nom, et prend celui de Pierre Charles: il se dit menuisier, domicilié à Aurillac, et âgé de 23 ans, suivant son prétendu extrait de naissance, du 25 mars 1782, qu'il représente.

Michel Bos et Louis Chastan interviennent dans cet acte, pour certifier qu'ils connaissent *ledit Pierre-Charles, pour ledit nom être son véritable nom*; et Michel Bos en particulier se rend caution, envers Pierre Delmas, de la somme que celui ci paie au prétendu Pierre Charles.

En conséquence, Raymond est, sous le nom de *Pierre Charles*, *enfant naturel*, *natif d'Aurillac*, présenté et admis pour remplacer le conscrit François Delmas.

Mais bientôt, le préfet du département du Cantal, informé que ce particulier a pris un faux nom, et que déjà il a été réformé du service, comme incapable, le dénonce au magistrat de sûreté d'Aurillac, et rapporte l'arrêté par lequel il l'avait admis à remplacer François Delmas.

D'après cette dénonciation, Raymond Vassal, Pierre Delmas qui a traité avec lui, Chastau et Bos qui ont certifié ses faux noms, sont traduits, par une ordonnance du directeur du jury, à l'audience correctionnelle du tribunal de première instance d'Aurillac.

Le 20 mars 1806, jugement qui les acquitte tous.

Un extrait de ce jugement est envoyé au procureur général de la cour de justice criminelle et spéciale du département du Cantal, qui, au lieu d'en interjeter appel, croit pouvoir rendre contre Raymond Vassal, Gros et Chasteau, une plainte directe en faux.

Par arrêt du 20 juin 1806, la cour de justice criminelle et spéciale,

« Considérant que le délit dont sont prévenus les accusés devant cette cour, est matériellement le même que celui pour raison duquel les prévenus ont été traduits en police correctionnelle à Aurillac, et jugés par un jugement dont l'appel n'est plus recevable; que la plainte en escroquerie jugée par le tribunal correctionnel d'Aurillac, n'a été fondée que sur le même fait d'*avoir pris et certifié un faux nom dans l'acte passé devant Charme, notaire à Aurillac*; que l'ordonnance du directeur du jury qui a classé le susdit délit en police correctionnelle, a passé en force de chose jugée; que, pour le même fait, on ne peut pas éprouver deux poursuites différentes;

» Déclare qu'elle est incompétente pour connaître du délit dont les accusés sus-nommés sont prévenus devant elle; ordonne qu'ils seront mis en liberté... ».

Le 30 du même mois, cet arrêt est transmis à la cour de cassation; et le rapport s'en fait

le 10 juillet suivant, à l'audience de la section criminelle.

« Que le tribunal correctionnel d'Aurillac (ai-je dit après le rapport) fût incompétent pour connaître du délit imputé à Raymond Vassal et à ses co-prévenus, c'est ce qui ne peut faire la matière d'aucun doute. A la vérité, ce délit était celui d'une escroquerie commise à l'aide d'un faux nom, et l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 range expressément l'escroquerie commise à l'aide d'un faux nom, dans la classe des délits correctionnels. Mais cet article est expliqué par la loi du 7 frimaire an 2, qui en restreint la disposition à l'escroquerie commise *à l'aide de faux noms pris verbalement et sans signature*. Or, ce n'était pas verbalement, ce n'était pas sans signature, c'était par un acte notarié, c'était par un acte signé d'eux, que Raymond Vassal, Bos et Chastau étaient prévenus d'avoir, l'un commis, les deux autres, favorisé une escroquerie à l'aide de faux noms. Cette espèce d'escroquerie n'était donc pas du ressort des tribunaux correctionnels.

» Mais à qui appartenait-il d'en connaître? C'était sans contredit à la cour de justice criminelle et spéciale du département du Cantal. La loi du 23 floréal an 10 attribue aux cours de justice criminelle et spéciale la connaissance de tous les crimes de faux commis en écritures publiques ou privées; et ici, c'était bien d'un faux commis en écriture publique, qu'il était question. Qu'importe qu'il y fût question d'escroquerie? L'escroquerie ne formait avec le faux qu'un seul et même délit: il était impossible de les séparer, soit dans l'instruction, soit dans le jugement; et comme la compétence du tribunal qui doit connaître d'un délit mixte, dépend toujours de la circonstance de ce délit qui l'aggrave le plus, il est évident que le fait dont il s'agit, ne pouvait être déféré qu'à la cour spéciale.

» Cependant, il l'a été au tribunal correctionnel d'Aurillac; et, ce qui est à remarquer, il l'a été avec le double caractère d'escroquerie et de faux: c'est ce qu'atteste la cour spéciale, dans l'arrêt qui est sous vos yeux.

» Et delà que s'ensuit-il? Une chose fort simple: c'est que le procureur général de la cour de justice criminelle du département du Cantal aurait dû, à la vue de l'extrait qui lui avait été envoyé, dès le 4 avril, du jugement du tribunal correctionnel, s'en rendre appelant devant la cour de justice criminelle elle-même, et conclure à ce qu'en déclarant ce jugement nul, on renvoyât les pièces et les prévenus devant la cour spéciale.

» Par-là, l'excès de pouvoir que s'était permis le tribunal correctionnel, aurait été réparé; et tout serait rentré dans l'ordre.

» Mais au lieu de suivre cette marche, le procureur général a cru pouvoir mettre de côté le jugement correctionnel, lui laisser, par ce moyen, acquérir l'autorité de la chose jugée, et saisir directement la cour spéciale d'une plainte en faux.

» C'était évidemment proposer à la cour spéciale de juger une seconde fois des prévenus acquittés par un jugement qui était devenu inattaquable: c'était par conséquent lui proposer une contravention formelle au principe général et sacré, qu'un prévenu acquitté par un jugement légal, ou que le défaut de recours dans le délai de la loi, force de considérer comme tel, ne peut plus être recherché ni poursuivi pour le même fait.

» Aussi, la cour spéciale a-t-elle repoussé cette proposition; aussi a-t-elle, par l'arrêt qui est soumis à votre examen, déclaré que, d'après le jugement du tribunal correctionnel d'Aurillac, elle se regardait comme *incompétente*.

» Que peut-on maintenant opposer à cet arrêt? Dira-t-on, avec le procureur général du Cantal, que, lorsque d'un fait il dérive deux délits, l'absolution que le prévenu obtient du délit le moins grave, n'emporte pas l'absolution de l'autre?

» Mais d'abord, dans le cas particulier, ce n'est pas du simple délit d'escroquerie que le tribunal d'Aurillac a acquitté les prévenus; il les a encore acquittés du délit d'escroquerie commis à l'aide de faux noms en écritures publiques: il les a donc acquittés du crime de faux, comme de la simple escroquerie.

» Ensuite, il n'est pas vrai que, lorsqu'un même fait présente deux délits différens, l'on puisse encore poursuivre, à raison de l'un de ces délits, le prévenu qui a été acquitté de l'autre.

» Supposons une personne prévenue d'avoir embauché les troupes de l'État pour le service d'une puissance ennemie. Bien évidemment deux crimes lui sont imputés par cette prévention: l'un, d'embauchage proprement dit; l'autre, de conspiration contre le gouvernement. Or, on le demande, après que, comme prévenue d'embauchage, cette personne aura été traduite devant une commission militaire, conformément au décret du 17 messidor an 12, et qu'elle y aura été acquittée, pourrait-elle encore être recherchée comme prévenue de conspiration, et traduite, comme telle, devant la haute cour, conformément au sénatus-consulte du 28 floréal an 12? Elle le pourrait sans doute, dans le cas où, indépendamment

du fait d'embauchage, elle serait prévenue d'autres manœuvres qui portassent le caractère d'un complot tramé contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Empire. Mais, ce cas excepté, elle ne le pourrait certainement pas.

» Et, en général, il faut bien se pénétrer d'une vérité que consacre en termes exprès l'art. 426 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4 : c'est qu'une fois acquitté légalement d'un fait qui lui était imputé à délit, un accusé *ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait*. La loi, comme vous le voyez, dit, *à raison du même fait*, et non pas, *à raison du même délit* : et pourquoi s'exprime-t-elle de cette manière? Parcequ'elle veut que le ministère public, en présentant une plainte, y expose le fait avec toutes ses circonstances; parcequ'elle ne veut pas que chaque circonstance du fait puisse faire la matière d'un procès séparé; parcequ'une fois le fait jugé, toutes ses circonstances le sont également.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu d'ordonner l'exécution de l'arrêt de la cour spéciale du département du Cantal, du 20 juin dernier ».

Arrêt du 10 juillet 1806, au rapport de M. Seignette, qui,

« Attendu qu'il est de maxime certaine que l'action publique ne peut être poursuivie dans deux tribunaux pour le même fait, contre le même individu, d'après la règle *Non bis in idem*; que, dans l'affaire dont il s'agit, le procureur général avait le délai d'un mois, à compter de la prononciation du jugement, pour notifier au prévenu appel de ce jugement de police correctionnelle; que, par ce moyen, il eût pu le faire déclarer incompétemment rendu, et faire ordonner le renvoi devant qui de droit; que, n'ayant pas pris cette voie, la seule qui lui fût ouverte, et ayant laissé acquérir au jugement correctionnel l'autorité de la chose jugée, il n'a pu former une nouvelle action;

» Ordonne l'exécution de l'arrêt du 20 juin dernier, par lequel la cour de justice criminelle et spéciale du Cantal s'est déclarée incompétente de connaître de la procédure instruite contre Raymond Vassal, Michel Bos et Louis Chastau ».

V. l'arrêt du 19 août 1813, rapporté au mot *Tribunal de police*, sect. 2, §. 3, à la suite de l'art. 214 du Code d'instruction criminelle.

VII. Lorsqu'après un débat auquel a été soumis un acte d'accusation comprenant plusieurs crimes qui forment des divisions d'un crime complexe, le président n'a posé de question que sur l'un de ces crimes, et que le jury en a acquitté l'accusé, celui-ci peut-il encore être poursuivi à raison des autres crimes sur lesquels le jury n'a pas été interrogé?

Le *Bulletin criminel* de la cour de cassation nous offre, à la date du 14 pluviôse an 12, un arrêt qui juge que non :

« Charles-Gaspard Stein avait été accusé d'avoir fait prendre à sa femme une tasse de café dans laquelle il avait mêlé une substance vénéneuse quelconque. L'acte d'accusation portait que la femme Stein, après avoir éprouvé les crises les plus violentes, était tombée dans une léthargie absolue qui dura plusieurs jours, et pendant laquelle elle accoucha d'un fœtus mort.

» Quoique l'acte d'accusation terminât par dire seulement qu'il résultait des détails y énoncés, que Stein était prévenu d'avoir empoisonné sa femme, il n'est pas moins certain que ces mêmes détails portaient sur l'avortement procuré par Stein à sa femme. Ainsi, point de doute que, sur le débat, le tribunal criminel du département du Bas Rhin, pouvait et devait, aux termes de l'art. 373 du Code de brumaire an 4, poser deux séries de questions sur les deux délits d'empoisonnement et d'avortement, quoiqu'ils fussent attribués au même fait, celui d'une tasse de café donnée par Stein à sa femme.

» Mais une seule série de questions fut posée par le tribunal criminel du département du Bas Rhin. La seule question de fait qu'il présenta aux jurés, fut celle de savoir *s'il était constant que la femme Stein eût été empoisonnée, ainsi qu'il est dit en l'acte d'accusation.*

» Réponse négative de la part du jury sur cette question. Le fait porté en l'acte d'accusation, étant nié, Stein est acquitté.

» Que fait alors le tribunal criminel du département du Bas-Rhin? Il ne pouvait plus réparer la faute qu'il avait faite de ne pas poser toutes les questions résultant de l'acte d'accusation, et d'avoir posé la question relative à l'empoisonnement, comme seule question de fait résultant de l'acte d'accusation. Cette faute n'aurait pu être reformée que par le tribunal de cassation, si le commissaire du gouvernement se fût pourvu. Mais le tribunal criminel du Bas-Rhin feint de regarder comme *faits nouveaux* dont Stein n'a pu être inculpé qu'au débat, ceux relatifs à l'avortement; et, sous prétexte des dispositions de l'art. 427, il ordonne que Stein sera arrêté de nouveau, le renvoie devant le directeur du jury pour être procédé à une nouvelle instruction.

» Sur cette nouvelle instruction, Stein a été

déclaré convaincu d'avoir procuré l'avortement à sa femme, et condamné aux fers. Mais cette seconde procédure était trop essentiellement vicieuse pour que le tribunal de cassation la laissât subsister. Il était si clair que ce n'était pas un *fait nouveau* qui en avait fourni la base, que le second acte d'accusation fut la copie du premier, et que l'on ne recommença point l'information. Mais le tribunal de cassation, forcé d'annuler la seconde procédure, ne crut pas moins devoir indiquer au tribunal criminel du département du Bas-Rhin et à tous les tribunaux de la république, quel avait été le premier vice de sa procédure : celui de n'avoir pas posé, après le premier débat, les diverses questions qui résultaient de l'acte d'accusation. C'est ce qui l'engagea à casser, au moins dans l'intérêt de la loi, la première position de questions et le jugement d'acquit qui en a été la suite. Le jugement de cassation est ainsi conçu :

» Ouï le rapport du cit. Viellart....;

» Vu l'art. 426 du Code des délits et des peines ;

» Considérant qu'après avoir posé une question de fait, comme seule résultant d'un premier acte d'accusation contre Charles Gaspard Stein, après avoir déclaré ledit Stein acquitté sur la déclaration négative du jury, sur cette question de fait, le tribunal criminel du département du Bas-Rhin n'a pu ordonner que ledit Stein serait repris pour des faits qui se trouvaient énoncés dans le premier acte d'accusation ; qu'aux termes de l'art. 427, l'accusé acquitté du fait porté dans un acte d'accusation, ne peut être soumis à une nouvelle instruction que sur des faits nouveaux et autres que ceux énoncés au premier acte d'accusation ;

» Le tribunal casse et annulle la disposition du jugement du tribunal criminel du département du Bas-Rhin, du 27 floréal an 11, par laquelle, après avoir prononcé que Gaspard Stein était acquitté, il a ordonné qu'il serait arrêté de nouveau et renvoyé devant le directeur du jury, pour être procédé à une nouvelle instruction : casse, par suite, toute la procédure qui a suivi, et notamment le jugement définitif du 18 frimaire an 12;

» Faisant droit sur les conclusions du commissaire du gouvernement,

» Vu l'art. 373 du Code des délits et des peines ;

» Considérant que de l'acte d'accusation originairement dressé contre Stein, il résultait qu'il était prévenu d'avoir fait prendre à sa femme un breuvage qui l'avait fait avorter, et l'avait mise en danger de périr elle-même empoisonnée; qu'ainsi, le tribunal criminel du département du Bas-Rhin pouvait et devait poser deux séries de questions, et par conséquent deux questions de fait;

» Le tribunal casse et annulle la position des questions qui a eu lieu lors du premier débat auquel Stein a été soumis, et par suite la déclaration du jury de jugement et le jugement du 27 floréal an 11, le tout dans l'intérêt seulement de la loi, et sans préjudice du droit acquis à Stein par le défaut de réclamation du commissaire du gouvernement près le tribunal criminel du département du Bas-Rhin. »

VIII. Par la même raison, si, avant la mise en activité du Code d'instruction criminelle de 1808, et sous la loi du 23 floréal an 10, l'accusé d'un crime de faux et d'un crime de concussion commis à l'aide de ce faux, était acquitté par la cour de justice criminelle et spéciale devant laquelle il avait été traduit à raison du premier de ces crimes, il ne pouvait plus être poursuivi, à raison du deuxième, devant la cour de justice criminelle ordinaire.

C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 23 frimaire an 13, dont le *Bulletin criminel* de cette cour nous présente ainsi l'espèce et le dispositif:

« Villeregnier, huissier, avait été traduit devant la cour de justice criminelle et spéciale du département de la Dordogne, comme prévenu d'avoir commis, dans un procès-verbal de vente mobilière, un faux à l'aide duquel il s'était rendu coupable du crime de concussion.

» Villeregnier avait été acquitté de l'accusation de faux; et la cour spéciale de la Dordogne avait déclaré qu'il avait agi *sans dessein du crime, et plutôt par erreur et par ignorance que par malice*.

» Mais comme il existait contre Villeregnier des préventions de concussion, autres que celle qui avait pu être l'effet du faux sur lequel il était acquitté, il fut remis en jugement devant la cour de justice criminelle du département de la Charente.

» Le jury de jugement déclara, devant cette cour, que ces concussions n'étaient pas constantes.

» Mais une série de questions avait été aussi posée sur la concussion qui avait été la suite du faux, à l'égard duquel Villeregnier fut condamné à la peine de concussion.

» Cependant l'acquittement de Villeregnier sur le faux avait frappé nécessairement sur la concussion dont il pouvait seul avoir été le moyen. Le second de ces délits étant l'effet de

l'autre, ils étaient indivisibles; et puisqu'il avait été déclaré qu'il n'avait pas existé de crime de faux, il s'ensuivait qu'il était généralement déclaré d'une manière irrefragable, que le crime de concussion qu'on faisait dériver de ce faux, n'avait pas non plus existé.

» La mise en jugement de Villeregnier sur ce chef du crime de concussion dont il était prévenu, et sa condamnation, étaient une violation de l'art. 426 du Code du 3 brumaire an 4, et de la maxime tutélaire *Non bis in idem*.

» La cour de cassation a rendu, en conséquence, l'arrêt dont la teneur suit :

» Oui le rapport de M. Barris.... ;

» Vu l'art. 456 du Code du 3 brumaire an 4, et l'art. 426 du même Code ;

» Et attendu que Villeregnier avait été jugé et acquitté le 3 messidor an 12, par la cour de justice criminelle et spéciale du département de la Dordogne, sur les faux qu'il était prévenu d'avoir commis dans le procès-verbal de la vente par lui faite des meubles appartenans aux mineurs Nanche ;

» Que l'acquittement sur ce faux portait nécessairement sur la concussion dont il aurait pu être le moyen ; que cette application était d'autant plus évidente et nécessaire dans l'espèce, que la cour spéciale de la Dordogne avait declaré que Villeregnier, dans le faux dont elle le déclarait convaincu, avait agi *sans dessein du crime, et plutôt par erreur* ou *par ignorance que par malice* ;

» Que Villeregnier ainsi acquitté, ne pouvait plus être poursuivi sur les mêmes faits ;

» Qu'une qualification différente, donnée à ces faits, ne pouvait justifier les nouvelles poursuites ;

» Que néanmoins Villeregnier avait été remis en jugement devant la cour de justice criminelle du département de la Charente, jugé et condamné par cette cour, sur la prévarication qui avait été le résultat et l'objet du faux déjà jugé en sa faveur par la cour de justice spéciale de la Dordogne ;

» Que cette remise en jugement, et la condamnation qui l'a suivie, ont donc été une usurpation de pouvoir et une violation de l'art. 426 ci-dessus cité ;

» D'après ces motifs, la cour casse et annulle les première, deuxième, troisième et quatrième questions soumises au jury de jugement, devant la cour de justice criminelle de la Charente, la réponse du jury à ces questions, et spécialement encore l'arrêt de condamnation rendu le 19 vendémiaire dernier, par la susdite cour de la Charente, contre ledit Villeregnier ».

IX. Mais si le crime énoncé dans le corps de l'acte d'accusation, n'était pas rappelé dans le résumé de cet acte, comme formant un des objets sur lesquels le jury doit délibérer, le jugement qui interviendrait en conséquence de la declaration du jury, portant uniquement sur le crime compris dans le résumé de l'acte d'accusation, empêcherait-il que l'accusé fût poursuivi pour l'autre crime ?

Cette question est traitée dans le réquisitoire, et jugée pour l'affirmative, par l'arrêt suivant.

« Le procureur général expose qu'il est chargé par le gouvernement de requérir, pour cause de suspicion légitime, le renvoi d'une affaire criminelle devant d'autres magistrats que ceux qui sont appelés par l'ordre naturel des juridictions, à en connaître.

» Le sieur H...., ex-receveur des domaines, à L...., se trouvant reliquataire d'une somme de 51,335 francs, 59 centimes qu'il avait détournée de sa caisse, des ordres ont été donnés par le gouvernement pour le poursuivre criminellement.

» Après l'instruction prescrite par la loi, le directeur du jury de l'arrondissement de L.... a rendu, le 10 decembre 1810, une ordonnance par laquelle le sieur H.... a été traduit devant un jury d'accusation.

» En conséquence, le procureur (du roi) du même arrondissement, remplissant les fonctions de magistrat de sûreté, a dressé, le 24 du même mois, un acte d'accusation contre le sieur H....

» Dans cet acte d'accusation, il a d'abord retracé, comme il le devait, les circonstances et les preuves du crime imputé au prévenu. Mais au lieu de le terminer, comme il le devait, par une définition précise de ce crime; au lieu de le terminer en disant, comme il le devait, que les jurés auraient à examiner s'il y avait lieu à accusation contre le sieur H...., pour raison du péculat dont il était inculpé, il l'a terminé par cette phrase : *il résulte donc que le crime d'offense à la loi dont il s'agit, a été commis ; sur quoi, les jurés auront à prononcer contre le sieur H...., en raison du délit mentionné au présent.*

» Ainsi, le procureur (du roi) a travesti une accusation de péculat, en accusation *d'offense à la loi*, crime qui, suivant l'art. 1er. de la sect. 4 du tit. 1er. de la seconde partie du Code pénal, du 25 septembre 1791, consiste à opposer des violences ou des voies de fait, soit aux préposés à l'exécution d'une loi, à la perception d'un impot, à l'exécution d'un jugement, mandat ou ordonnance de justice ou de police, soit aux dépositaires de la force

publique agissant légalement dans l'ordre de ses fonctions.

» Et qu'est-il résulté de cette étrange méprise? C'est que les jurés ont déclaré, le 31 du même mois, qu'il n'y avait pas lieu à accusation contre le sieur H...., qui, en effet, n'était prévenu d'aucun fait tant soit peu analogue au crime *d'offense à la loi*.

» Mais de là il suit nécessairement que le crime d'offense à la loi est le seul dont le sieur H.... soit acquitté; que la prévention du crime de péculat subsiste tout entière contre lui; et qu'il peut être dressé contre lui un nouvel acte d'accusation, pour raison de ce crime.

» Qu'importe que le crime de péculat soit énoncé dans le corps de l'acte d'accusation ?

» Les jurés doivent sans doute embrasser dans leur examen, tout ce que contient l'acte d'accusation; mais ils ne peuvent pas en envisager toutes les parties du même œil. Ils ne peuvent considérer les détails qui en précédent la conclusion, que comme des motifs mis en avant pour les déterminer à l'adopter; et s'ils ne trouvent aucune connexité entre ces motifs et la conclusion même, ils doivent rejeter celle-ci, sans s'arrêter à ceux-là, sans même les juger.

» C'est aussi ce qu'ils ont fait dans l'espèce dont il s'agit. En comparant le corps de l'acte d'accusation avec la conclusion qui le termine, ils ont reconnu que, même en supposant vrai tout ce qui est énoncé dans l'un, l'autre ne pouvait pas être admise; et en conséquence, ils ont déclaré qu'il n'y avait pas lieu à accusation.

» Mais en s'exprimant ainsi sur la conclusion, ils n'ont rien jugé sur le corps de l'acte. La prévention du crime de péculat énoncée dans le corps de l'acte, est donc demeurée indécise. Elle peut donc faire la matière d'une nouvelle accusation.

» Cette nouvelle accusation à qui doit-elle être confiée, et à quels jurés doit elle être soumise?

» D'abord, il est évident qu'elle ne doit pas être confiée au magistrat qui a rédigé l'acte de la première. En rédigeant cet acte avec une incurie aussi extraordinaire, il s'est lui-même placé dans le cas de la *suspicion légitime*, dont parle l'art. 65 de la constitution du 22 frimaire an 8.

» Ensuite, s'il est vrai que ce magistrat pourrait, dans les nouvelles poursuites à exercer contre le sieur H..., être remplacé par un juge suppléant, on sent assez combien il serait à craindre qu'un juge suppléant ne mît pas dans ses poursuites toute l'activité, toute l'attention qu'exigent des faits aussi graves.

» Et de là deux conséquences: la première, que ces nouvelles poursuites ne peuvent être exercées d'une manière propre à satisfaire la justice, que par un autre officier titulaire du ministère public; la seconde, que la procédure doit être renvoyée dans un autre arrondissement que celui de L...., et soumise à des jurés étrangers à cet arrondissement.

» Il est même à remarquer que le procureur (du roi) de l'arrondissement de L..., avoue lui-même cette seconde conséquence, quoique par un motif différent : dans une lettre, du 15 janvier dernier ci jointe, il reconnaît que, si un nouvel acte d'accusation était dressé contre le sieur H..., il aurait le même résultat que le premier, parceque le sieur H... *a ici*, c'est-à-dire, à L...., *un grand nombre de partisans*.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 65 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, ordonner que le prévenu et la procédure dont il s'agit, seront renvoyés devant le magistrat de sûreté d'un autre arrondissement que celui de L...., pour être, par lui dressé, en exécution de l'ordonnance du directeur du jury de ce dernier arrondissement, du 10 décembre 1810, un acte d'accusation portant sur le crime de péculat imputé audit prévenu, et être ensuite procédé ultérieurement ainsi qu'il appartiendra.

» Fait au parquet, le 25 mars 1811. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Busschop... ;

» Considérant que l'acte d'accusation, dressé le 24 décembre 1810 contre ledit H..., ensuite de l'ordonnance de renvoi du directeur du jury de L..., du 10 du même mois de decembre, ne porte, dans son résumé, que sur le delit *d'offense à la loi*, et nullement sur le crime de *péculat*, le seul qui ait formé l'objet des poursuites ;

» Que, quoique l'acte d'accusation contienne, dans son exposé des faits, plusieurs circonstances propres à caractériser le crime de péculat, néanmoins ce crime n'a point été énoncé dans le résumé dudit acte, comme celui sur lequel les jurés d'accusation avaient à prononcer ;

» D'où il suit que la déclaration du jury portant qu'il n'y a pas lieu à accusation, ne pouvant se référer qu'au delit d'offense à la loi, cette déclaration du jury est nécessairement étrangère au crime de peculat ;

» D'où il suit, par une conséquence ultérieure, que les charges relativement à ce dernier crime, sont restées dans leur entier ; et que, conséquemment, il y a lieu de dresser

contre le prévenu un nouvel acte d'accusation à raison dudit crime de péculat;

» Que, dans ces circonstances, les nouvelles poursuites ne peuvent être exercées d'une manière propre à satisfaire la justice que par un autre officier titulaire du ministère public;

» D'après ces considérations, la cour, faisant droit sur ledit réquisitoire et vu les art. 542, 545 et 548 du Code d'instruction criminelle de 1808; renvoie le prévenu H...., et la procédure instruite à sa charge, devant le magistrat de sûreté et le directeur du jury de l'arrondissement de C...., pour, en exécution de l'ordonnance de renvoi du directeur du jury de L...., du 10 décembre 1810, être procédé à un nouvel acte d'accusation portant sur le crime de péculat imputé audit prévenu, et ensuite être ultérieurement procédé en conformité de la loi.....

» Fait et prononcé le 29 mars 1811 ».

V. Encore le réquisitoire et l'arrêt du 30 avril 1812, rapportés au mot *Souveraineté*, §. 8.

X. Lorsqu'en condamnant un accusé, les juges ont omis de lui infliger les peines accessoires à celle qu'ils ont prononcée contre lui, peuvent-ils, en s'apercevant de cette omission, la réparer par un second jugement?

Non; et voici un arrêt de la cour de cassation qui le juge ainsi.

Le 15 messidor an 13, la cour de justice criminelle du département de l'Isère condamne Joseph Arnaud à la peine des fers pour vol qualifié.

Le 1er. thermidor suivant, informée que Joseph Arnaud a déjà été condamné aux fers pour un crime semblable, elle ordonne, conformément à l'art. 1 de la loi du 23 floréal an 10, qu'il sera flétri (1).

Joseph Arnaud se pourvoit en cassation contre ce second arrêt; et le 18 fructidor de la même année, au rapport de M. Vermeil,

« Vu l'art. 1 de la loi du 23 floréal an 10;

» Et attendu que cet article s'applique au cas où le second crime est à juger en même temps que la récidive, et non à celui où la cour criminelle, dans l'ignorance de cette récidive, a consommé son droit par l'application de la peine au crime énoncé dans l'accusation; d'où il suit que la cour criminelle du département de l'Isère a fait, par son arrêt du 1er. thermidor dernier, une fausse application de l'art. 1 de la loi du 23 floréal an 10, en condamnant Joseph Arnaud à la peine de la flétrissure pour récidive, quand tout était jugé relativement à l'accusation intentée contre lui;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle ledit arrêt du premier thermidor dernier ».

XI. La règle *Non bis in idem* est-elle applicable à un jugement rendu par un conseil de guerre, en faveur d'un prévenu que l'on a illégalement enlevé, pour l'y traduire incompétemment, des prisons de la justice ordinaire?

V. l'article *Rébellion*, §. 3, n°. 19.

XIIe. Avant la mise en activité du Code d'instruction criminelle de 1808, et pendant que les cours spéciales jugeaient elles-mêmes leur compétence, un arrêt par lequel une cour spéciale se déclarait incompétente pour juger un prévenu traduit devant elle, attendu qu'il n'existait pas contre lui de commencemens de preuve suffisans pour le mettre en jugement, faisait-il obstacle à ce que, sur de nouvelles charges qui pouvaient survenir dans la suite, la même cour reprît les poursuites contre le prévenu et se déclarât compétente pour lui faire son procès?

La négative est énoncée comme constante dans un arrêt de la cour de cassation, du 19 janvier 1809, au rapport de M. Carnot:

« Attendu (y est-il dit) qu'il a été déclaré en fait, que, quand il aurait existé un véritable faux, il était clair que le prévenu n'en aurait pas été l'auteur; et qu'il n'existait au procès aucune présomption qu'il en eût fait usage sciemment;

» Attendu que ces déclarations sur les faits, appartenaient à la cour de justice criminelle spéciale saisie de la procédure, et qu'il n'est pas du domaine de la cour de cassation de les censurer;

» Que d'ailleurs un arrêt d'incompétence n'est évidemment qu'un arrêt provisoire qui ne peut mettre obstacle à de nouvelles poursuites, dans le cas de survenance de nouvelles charges;

» La cour ordonne que l'arrêt d'incompétence, rendu par la cour de justice criminelle spéciale du Tarn, le 22 décembre dernier, sera exécuté selon sa forme et teneur... ».

Et c'est ce qu'a jugé formellement un autre arrêt dont voici l'espèce.

Le 26 juin 1810, arrêt par lequel, d'après l'instruction faite contre Jean-Joseph Poncelet, soldat déserteur, prévenu de rebellion armée à la gendarmerie et de tentative d'homicide sur la personne d'un gendarme qui se mettait en devoir de l'arrêter, la cour spéciale du département de Sambre-et-Meuse, considérant qu'il ne résulte pas des informations, que Jean-Joseph Poncelet ait reconnu ou dû reconnaître pour gendarmes les individus

(1) *V.* les articles *Déportation* et *Flétrissure*.

auxquels il est prévenu d'avoir résisté; qu'il paraît au contraire, que ces gendarmes s'étaient déguisés pour s'introduire la nuit, dans la maison où il était caché; se déclare incompétente pour le juger, sauf au ministère public à le poursuivre devant qui il appartiendra.

Le 26 août suivant, arrêt de la cour de cassation qui, « attendu que, dans l'état actuel » de la procédure, et d'après les motifs énon» cés en l'arrêt de la cour spéciale de Sambre» et-Meuse, cette cour n'a violé aucune loi, » confirme ledit arrêt ».

En conséquence, Jean-Joseph Poncelet est traduit devant le directeur du jury de l'arrondissement de Marche, dans lequel a été commis le crime dont il est prévenu; et un acte d'accusation est dressé contre lui.

Le 10 octobre de la même année, déclaration du jury, portant qu'il n'y a pas lieu à accusation contre Jean-Joseph Poncelet.

De nouvelles informations sont aussitôt ordonnées; et il en résulte qu'au moment où Jean-Joseph Poncelet avait résisté aux gendarmes et avait fait feu sur l'un d'eux, il connaissait parfaitement leur qualité.

A la vue de ces informations, le gouvernement me charge de requérir, en vertu de l'art. 65 de la loi du 22 frimaire an 8, le renvoi de Jean-Joseph Poncelet devant une autre cour spéciale que celle du département de Sambre-et-Meuse.

Le 3 janvier 1811, ce réquisitoire est rapporté à l'audience de la section des requêtes; et j'y ajoute les observations suivantes :

« Deux questions se présentent, dans cette affaire, à l'examen de la cour.

» 1°. Jean-Joseph Poncelet peut-il encore être traduit devant une cour spéciale? 2°. Y a-t-il lieu de le renvoyer devant une autre cour spéciale que celle du département de Sambre-et-Meuse?

» La première question semblerait d'abord ne pouvoir être résolue que pour la négative. Un arrêt du 26 juin 1810, confirmé, le 26 août suivant, par la section criminelle de la cour, a jugé que le crime dont est prévenu Jean-Joseph Poncelet, n'est pas de la compétence de la justice spéciale. Dès-lors, traduire de nouveau Jean-Joseph Poncelet, pour raison du même crime, devant une des cours à qui est déléguée l'administration de cette branche de la justice, ne serait-ce pas remettre en question ce qui est déjà décidé en sa faveur? Ne serait-ce pas contrevenir à l'autorité de la chose jugée? Voilà ce qu'on se dit naturellement au premier coup-d'œil.

» Mais, en y réfléchissant un peu, on aperçoit bientôt qu'il en doit être tout autrement.

» Sans ou te l'arrêt qui, après un débat public, acquitte un accusé, forme une barrière insurmontable contre toute nouvelle poursuite que l'on voudrait diriger contre la même personne, pour le fait qui a été l'objet de son accusation; et telle est la disposition expresse de l'art. 426 du Code des délits et des peines du 4 brumaire an 4.

» Mais les ordonnances, les décisions, les arrêts qui précèdent le débat public, n'ont l'autorité de la chose jugée que relativement à l'état où se trouve la procédure au moment où se rendent ces ordonnances, ces décisions, ces arrêts; et cet état venant à changer, ces ordonnances, ces décisions, ces arrêts, perdent toute leur autorité.

» Ainsi, aux termes de l'art. 255 du Code du 3 brumaire an 4, le prévenu, à l'égard duquel le jury a déclaré qu'il n'y a pas lieu à accusation, peut encore être poursuivi, à raison du même fait, lorsqu'il survient de nouvelles charges.

» Ainsi, de nouvelles poursuites peuvent toujours être exercées, d'après de nouvelles charges, contre le prévenu qui a été mis en liberté, ou à l'égard duquel il a été déclaré *n'y avoir lieu à suivre*, par une ordonnance du directeur du jury, conforme aux conclusions du magistrat de sûreté, c'est-à-dire, par un acte qui a toute la force d'un jugement en dernier ressort; et c'est ce que la section criminelle a jugé par une foule d'arrêts, notamment par ceux qu'elle a rendus le 14 mars 1807, au rapport de M. Carnot, dans l'affaire de François Isnard; le 3 novembre 1808, au rapport de M. Delacoste, dans l'affaire de Giusta; le 28 avril 1809, au rapport de M. Dutocq, dans l'affaire d'Etienne Hebert; et le 24 août de la même année, au rapport de M. Guieu, sur une demande en cassation formée par le procureur général de la cour de justice criminelle du département de la Seine, contre une ordonnance du directeur du Jury du même département.

» Ainsi, pour nous rapprocher davantage de notre espèce, lorsqu'une cour spéciale, après s'être déclarée compétente, par un arrêt que la cour de cassation a confirmé, trouve que les débats, tout en laissant subsister le crime, le dépouillent des circonstances qui l'avaient d'abord fait ranger dans la classe des cas spéciaux, elle ne peut pas prononcer sur le fond, et elle est tenue d'en renvoyer le jugement à la cour de justice criminelle ordinaire. La cour l'a ainsi jugé par plusieurs arrêts, et l'art. 589 du Code d'instruction criminelle de 1808 a expressément consacré sa jurisprudence sur ce point.

» Assurément, dans ce cas, l'arrêt par lequel la cour spéciale s'est déclarée compétente, a tout autant d'autorité que peut en avoir celui par lequel, dans le cas inverse, elle s'est déclarée incompétente. Si donc l'arrêt de compétence perd toute sa force du moment que, par une nouvelle instruction, la procédure prend une face différente, il en doit nécessairement être de même de l'arrêt d'incompétence.

» Aussi la section criminelle a-t-elle expressément déclaré, par un arrêt rendu au rapport de M. Carnot, le 19 janvier 1809, sur une demande en cassation formée par le procureur général de la cour spéciale du Tarn, contre un arrêt de cette cour, *qu'un arrêt d'incompétence n'est évidemment qu'un arrêt provisoire, qui ne peut mettre obstacle à de nouvelles poursuites, dans le cas de survenance de nouvelles charges.*

» Aussi lisons nous, dans un autre arrêt de la même section, rendu le 18 mars suivant, au rapport du même magistrat, dans l'affaire des nommes Bouteiller, *que les arrêts des cours spéciales, par lesquels, d'après l'instruction faite conformément aux dispositions de la loi du 18 pluviôse an 9, elles se déclarent incompétentes par insuffisance de preuves sur la prévention de faux, ont autorité de chose jugée, tant que, sur nouvelle plainte appuyée de nouvelles charges, il n'a pas été rendu un nouvel arrêt de compétence pour raison du même fait ;* d'où il suit tout naturellement que, lorsqu'après s'être déclarée incompétente, une cour spéciale vient à recueillir de nouvelles charges sur le même fait, ces nouvelles charges otent à son arrêt l'autorité de la chose jugée, et doivent en déterminer un nouveau directement contraire au premier.

» Et s'il en est ainsi, en thèse générale, de tout arrêt par lequel une cour spéciale se déclare incompétente, quel est le prétexte dont on pourrait s'appuyer pour excepter de cette règle l'espèce qui se présente aujourd'hui, pour trouver, dans l'arrêt d'incompétence du 26 juin 1810, un obstacle à ce que, d'après de nouvelles charges, Jean-Joseph Poncelet soit remis en jugement devant une cour spéciale ?

» Serait ce parceque, depuis l'arrêt du 26 juin 1810, Jean-Joseph Poncelet a été traduit devant un jury d'accusation qui l'a acquitté ?

» Mais, nous l'avons déjà dit, et l'art. 255 du Code du 3 brumaire an 4 met cette vérité au-dessus de toute espèce de doute, la déclaration rendue en faveur d'un prévenu par le jury d'accusation, n'a pas pour lui l'autorité absolue de la chose jugée; elle ne le met à l'abri de nouvelles poursuites, qu'autant qu'elles seraient uniquement basées sur les mêmes faits, les mêmes circonstances, les mêmes preuves, qui ont déjà occupé le jury; elle n'empêche pas de le poursuivre de nouveau en vertu de nouvelles charges. Et lorsque de nouvelles charges surviennent en effet, devant quelle autorité doit-il être poursuivi? Sans contredit, il doit l'être devant l'autorité dont la compétence est déterminée par ces nouvelles charges. Si donc il résulte des nouvelles charges, que le fait imputé au prevenu est un crime pour lequel la loi exige la formation d'un jury special, c'est devant un jury spécial que le prevenu doit être traduit, quoique le jury, qui l'a d'abord acquitté, n'ait été qu'un jury ordinaire; et par la même raison, s'il résulte des nouvelles charges que le fait imputé au prevenu est un crime compris par la loi au nombre des cas spéciaux, c'est devant les magistrats investis de la connaissance des cas speciaux, que le prevenu doit être remis en jugement.

» En deux mots, si l'arrêt du 26 juin 1810 était isolé, il n'empêcherait pas qu'en vertu de nouvelles charges, Jean-Joseph Poncelet ne fût de nouveau traduit devant une cour spéciale. Si la declaration du jury d'accusation du 10 octobre suivant était isolée, elle ne pourrait pas empêcher que, d'après de nouvelles charges, une cour spéciale ne se déclarât compétente pour le juger. Et assurément cet arrêt, cette declaration ne peuvent pas produire, par leur concours, un obstacle que ni l'un ni l'autre ne pourraient produire séparément.

» Notre première question ainsi résolue, la seconde ne nous occupera pas long-temps.

» Il est certain que la cour spéciale de Sambre-et-Meuse n'a pas mis, dans la recherche des circonstances dans lesquelles avait été commis le crime imputé à Jean-Joseph Poncelet, tout le soin qu'elle aurait dû y apporter pour parvenir à une connaissance exacte de la nature du crime; et ce qui le prouve d'une manière sans réplique, c'est que les nouvelles informations qui ont été faites peu de temps apres, ont, sans effort et par les voies les plus simples, mis au grand jour des faits essentiels qui, connus plutot, l'auraient forcée de rendre l'arrêt du 26 juin dans un sens tout opposé à celui dans lequel il a été rendu.

» Elle a donc à se reprocher, dans l'instruction de cette affaire, une négligence qui a nui à l'ordre public, et par conséquent élève contre elle cette *suspicion légitime* qui, d'après l'art. 65 de la loi du 22 frimaire an 8,

suffit pour motiver le renvoi d'un tribunal à un autre.

» Et par ces considérations, nous persistons dans les fins de notre réquisitoire du 28 décembre dernier ».

Arrêt du 3 janvier 1811, au rapport do M. Pajon, par lequel,

« Adoptant les motifs du réquisitoire de M. le procureur général et y faisant droit;

» La cour renvoie ledit Jean-Joseph Poncelet devant la cour de justice criminelle spéciale du département du Nord, pour y être jugé sur le délit énoncé audit réquisitoire, conformément à la loi du 19 pluviôse de l'an 13; à l'effet de quoi ledit prevenu sera traduit dans les prisons de ladite cour de justice criminelle du département du Nord ».

XII°. 1°. Y a-t-il lieu à la règle *Non bis in idem*, lorsque, sur des poursuites exercées à raison d'un crime ou d'un delit qui se compose de plusieurs faits indépendans et dont chacun suffit séparément pour constituer ce crime ou ce delit, le prévenu n'a été jugé que sur quelques uns de ces faits, et qu'il est ensuite repris pour les autres?

2°. Celui qui, ayant été poursuivi comme coupable de banqueroute simple, a été acquitté, peut-il encore être poursuivi comme coupable de banqueroute fauduleuse?

La première de ces questions s'est présentée dans l'espèce suivante.

Le 27 novembre 1806, le directeur du jury de l'arrondissement de Luxembourg décerne contre le sieur B...., chef du bureau militaire de la préfecture du département des Forêts, un mandat d'arrêt par lequel il le traduit devant le tribunal correctionnel du même arrondissement, comme *prévenu de diverses malversations et escroqueries, relativement à la conscription de* 1806 *et des années antérieures.*

Le 3 février 1807, arrêt de la cour de cassation qui, sur la requête du sieur B...., le renvoie, pour cause de suspicion légitime, devant le tribunal correctionnel de Metz.

Là, divers faits de malversation et d'escroquerie sont articulés contre le sieur B...., et sur ces faits, de nombreux témoins sont entendus, tant à charge qu'à décharge.

Le 1er. mai suivant, jugement qui, appréciant chacun de ces faits, acquitte le sieur B....

Le 13 juin de la même année, ce jugement est confirmé par arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Moselle.

Le 14 août, cet arrêt est annulé pour vice de forme par la cour de cassation, avec renvoi du fond à la cour de justice criminelle du département de la Meurthe.

Le 5 décembre de la même année, arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Meurthe qui confirme de nouveau le jugement du tribunal correctionnel de Metz.

Le 22 avril 1809, le magistrat de sûreté de l'arrondissement de Luxembourg décerne, et fait exécuter contre le sieur B...., un mandat de dépôt dans lequel il est présenté comme prévenu de faits de malversation et d'escroquerie, spécialement désignés et relatifs à la conscription de 1806 et des années antérieures, mais autres que ceux sur lesquels avait roulé l'instruction terminée par l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Meurthe.

Le 2 août suivant, arrêt de la cour de cassation qui renvoie le sieur B.... devant le directeur du jury de l'arrondissement de Metz.

Devant ce magistrat, le sieur B.... invoque la règle *Non bis in idem.* Mais, sans avoir égard à son exception et sans y préjudicier, le directeur du jury le traduit devant le tribunal correctionnel du même arrondissement.

A l'audience de ce tribunal, le sieur B... renouvelle son exception et refuse de proposer ses défenses au fond.

Le 3 mars 1810, jugement qui, sans s'arrêter à l'incident élevé par le sieur B...., continue la cause au 17 du même mois.

Le sieur B.... appelle de ce jugement.

Le 5 juin de la même année, arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Moselle, qui rejette sa requête d'appel,

« Attendu que l'appelant est prévenu d'avoir reçu, en qualité d'agent de l'administration civile à Luxembourg, de differens particuliers, des présens et gratifications à raison de ses fonctions, et à l'occasion des conscriptions de 1806 et années antérieures;

» Qu'à la vérité, en 1807, il a été poursuivi pour de pareils delits, et acquitté par arrêt passé en force de chose souverainement jugée;

» Qu'à la verité encore, ces delits étaient relatifs aux mêmes conscriptions;

» Qu'il n'est pas néanmoins fondé à prétendre que les faits dont il est prevenu aujourd'hui, et ceux pour lesquels il a été acquitté en 1807, constituent le même delit; qu'il y a nécessairement, en matiere d'escroqueries et d'exactions, comme en matière de vol, autant de delits differens qu'il y a de personnes differentes envers lesquelles on les a successivement commis; que la plainte portée en 1807, embrasse généralement toutes les escroqueries et exactions commises dans l'arrondissement de Luxembourg, à l'occasion de la conscription de 1806 et années antérieures, sans articuler ni spécifier aucun fait, et avec la réserve ex-

presse de renseignemens ultérieurs; que ce n'est que par l'effet de l'instruction que chaque fait a pu être connu, articulé et spécifié; qu'ainsi, l'appelant n'a été poursuivi et jugé en 1807 que sur certains faits qui ont été articulés contre lui; qu'il n'est plus possible aujourd'hui de le poursuivre ni de le juger à raison de ces faits; mais que d'autres faits relatifs à d'autres personnes ayant été découverts par l'audition de nouveaux témoins, et ces faits étant articulés pour la première fois contre l'appelant, chacun d'eux constitue un autre délit dont il est prévenu, et à raison duquel il peut être poursuivi et jugé, sans que, pour cela, on porte atteinte à la chose souverainement jugée, ni que l'on viole la maxime *Non bis judicatur in idem....* ».

Le sieur B.... se pourvoit en cassation contre cet arrêt; et présente ainsi ses moyens:

« Ce ne furent point tels ou tels faits, isolément, nominativement, qui furent l'objet de la poursuite de 1806. Ce furent *généralement* et en masse *les diverses malversations et escroqueries, pour la conscription de 1806 et des années antérieures*.

» L'accusation dut par conséquent embrasser *toute cette masse* et ce fut *sur toute cette masse* que durent être faites les perquisitions, les informations, l'instruction. Chaque particularité qui se rapportait à cette conscription de 1806 et années antérieures, n'était que charge du même délit. C'était au juge à s'occuper de les rassembler en aussi grand nombre et aussi complettes qu'il était possible. Il en avait la faculté, et il en avait les moyens, puisqu'il n'y a pas une des particularités rappelées dans la nouvelle poursuite, qui n'existât lors de l'ancienne. Ainsi, dans le principe même, rien n'empêchait les juges de tout embrasser, de s'occuper de tout, de prendre des renseignemens et des informations sur tout.

» Ils durent même le faire. C'était la mission qui leur était conférée, la tâche qui leur était imposée par l'autorité supérieure, aux termes du décret du 21 octobre 1806.

» On doit donc supposer qu'ils l'ont remplie.

» Cela posé, de deux choses l'une:

» Ou les informations générales que le juge dut prendre alors, ne lui présentèrent point de résultat concluant sur toutes les autres particularités relevées depuis l'arrêt d'absolution; et ceci doit tourner à l'avantage du prévenu, son absolution en sera devenue et moins douteuse et plus facile; tant mieux pour lui si le juge, quand il faisait son instrurtion, n'a point été assez attentif, assez surveillant pour recueillir toutes les preuves qui étaient dans le cas de faire charge contre l'accusé; c'est une faute dont cet accusé profite, et jamais, pour cela, jamais, sous le prétexte que ces preuves auraient été acquises depuis l'absolution, il n'est possible de le remettre de nouveau en péril, pour raison du délit dont il se trouve déjà acquitté;

» Ou bien le juge les aura dès-lors connues, ces autres particularités; et, quoique les connaissant, il n'en aura point fait usage, et plutôt que de les comprendre au rang des charges aggravantes du délit, il les aura tenues en réserve, pour en faire la matière et la base d'une nouvelle accusation.

» Or, qu'est-ce que serait qu'un pareil calcul, une pareille combinaison? Et que faudrait-il en penser? Serait-ce bien à la cour suprême qu'il faudrait proposer de consacrer une marche aussi peu loyale, une marche dont le résultat serait de tenir éternellement le glaive suspendu sur la tête d'un citoyen, de se ménager la ressource terrible et barbare d'une accusation toujours prête à renaître et qui pourrait ainsi, en divisant les griefs, embrasser la via presque entière du prévenu?

» En vain, pour preuve qu'ils se divisent d'eux-mêmes, ces griefs, dirait-on qu'il y a nécessairement autant d'escroqueries particulières qu'il y a de faits d'abus de crédulité, et surtout de personnes qui en ont été victimes, que par conséquent le prévenu peut rigoureusement être repris et poursuivi autant de fois qu'il se trouve d'individus différens qui ont à se plaindre qu'il ait abusé de leur crédulité.

» Outre ce qu'une pareille assertion peut avoir par elle-même de repoussant, il faut bien faire attention qu'ici ce ne sont point les individus soi-disant victimes de leur crédulité, qui se plaignent ni qui poursuivent. Dans la première poursuite, comme dans la nouvelle, on ne connaît qu'une seule partie plaignante, la partie publique qui a agi dans l'intérêt de la vindicte publique et point dans celui des particuliers. Or cet intérêt de la vindicte publique est *un*. Il ne se subdivise point. Il n'embrasse et ne considère qu'un seul corps de délit, se composant, comme on l'a signalé dans le décret du 25 octobre 1806, des diverses malversations et escroqueries relatives à la conscription de 1806 et des années antérieures, et ne constituant qu'un *fait moral*, *un fait* (pour se servir des expressions très-justes du *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Escroquerie*, en parlant des délits d'escroquerie) *un fait n'ayant par lui-même rien de matériel, mais qui est constitué par la preuve des faits de dol et d'abus de crédu-*

lité que la loi a déterminés pour le caractériser, et en quelque façon pour lui donner l'être.

» Ceci par conséquent écarte toute idée de distinction et de subdivision en autant de délits qu'il peut y avoir d'individus lésés. Il n'y en eut jamais ici qu'un seul à envisager : celui dont l'autorité avait voulu qu'on informât et dont la partie publique avait pris connaissance : ce délit en masse *des diverses malversations et escroqueries pour la conscription de* 1806 *et années antérieures.*

» Du moment donc que le sieur B... avait été acquitté, absous de ce délit, il n'y avait plus de possibilité d'en faire contre lui l'objet d'une nouvelle poursuite, au nom surtout de la partie publique, sans violer ouvertement la maxime *Non bis in idem.*

» Une réflexion va rendre cette vérité encore plus sensible. Le *maximum* de la peine du délit d'escroquerie est deux années de détention. La loi du 22 juillet 1791 ne veut pas qu'elle puisse être d'une plus longue durée. Ainsi, le sieur B.... si, au lieu d'avoir été acquitté à Metz et à Nancy, eût été déclaré coupable, n'aurait pas pu être condamné à une détention plus longue. Voilà cependant que, d'après le système du tribunal de Luxembourg, et qu'ont malheureusement adopté les tribunaux de Metz, cette détention pourrait être prolongée à quatre et six années et même plus. Il ne faudrait pour cela, que suivre la marche adoptée par le tribunal de Luxembourg, tenir en réserve des faits, des particularités appartenant *à ces mêmes conscriptions de* 1806 *et années antérieures*, de manière à ne les produire et à n'en faire l'objet d'une nouvelle poursuite que successivement, qu'alors que la détention infligée, pour raison de la première ou même de la seconde, serait près d'expirer; et le sieur B.... passerait ainsi sa vie presqu'entière dans les prisons.

» Est-il donc possible que l'arrêt qui consacre vraiment des principes aussi barbares, ne soit pas annulé par la cour suprême »?

Par arrêt du 5 octobre 1810, au rapport de M. Busschop,

« Considérant que les faits d'escroquerie, qui ont donné lieu à la nouvelle poursuite intentée contre le demandeur, sont totalement différens de ceux sur lesquels il a été précédemment poursuivi et jugé par l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Meurthe du 5 décembre 1807; d'où il suit qu'il n'y a pas lieu, dans l'espèce, à l'application du principe de la chose jugée;

» D'après ces motifs et ceux énoncés dans l'arrêt attaqué. La cour rejette le pourvoi... ».

La seconde question, qui a une grande affinité avec la première, a été agitée à la suite de l'affaire dont les circonstances sont rapportées aux mots *Faillite et Banqueroute*, sect. 2, §. 2, art. 2, et à laquelle il faut se reporter pour bien entendre celle-ci.

Le 9 avril 1811, plainte en banqueroute frauduleuse portée devant l'un des juges d'instruction du tribunal de première instance du département de la Seine, contre le sieur Mondot-Lagorce, par les sieurs Delpech, Elu, Loker et Rochedragon, créanciers non comparans, et se prétendant non appelés au concordat du 16 août 1810.

Le sieur Lagorce, interrogé sur cette plainte, répond qu'elle est non-recevable; qu'acquitté de la prévention de banqueroute simple par l'arrêt de la cour de justice criminelle du 29 décembre 1810, il l'est à plus forte raison de la prévention de banqueroute frauduleuse; et que la règle *Non bis in idem* s'oppose à ce qu'on le remette en jugement.

L'instruction achevée tant sur cette fin de non-recevoir que sur le fond, jugement du 2 août 1811, ainsi conçu :

« Attendu qu'en matière de banqueroute, comme en toute matière criminelle, l'action publique et l'action civile sont essentiellement distinctes et indépendantes; que, quoique les créanciers aient encouru la déchéance, se soient fait repousser par une exception ou aient laissé élever contre eux une fin de non-recevoir, ils n'ont pu, par leur fait, altérer en aucune manière les droits de la partie publique, ni paralyser, encore moins éteindre son action; que l'arrêt de la cour criminelle de la Seine qui avait décidé le contraire ne peut servir de règle aux tribunaux; que cet arrêt d'ailleurs a été annulé par celui de la cour de cassation, en date du 9 mars 1811; que le tribunal de police correctionnelle et la cour criminelle ne se sont nullement occupés de la banqueroute de Mondot Lagorce; que l'une et l'autre n'ont été saisis et n'ont dû et pu statuer que sur la fin de non recevoir élevée *à limine litis* par Mondot Lagorce; que l'arrêt de la cour criminelle n'a statué que sur cette fin de non recevoir; que par conséquent Lagorce poursuivi aujourd'hui en banqueroute frauduleuse, ne peut dire qu'il ait déjà été jugé, et qu'en le traduisant en justice comme prévenu de banqueroute frauduleuse, on viole la maxime *Non bis in idem* consacrée par l'art. 360 du Code d'instruction criminelle;

» Qu'enfin, et dans tous les cas, Lagorce n'a été traduit en police correctionnelle, en vertu de l'ordonnance de M. le directeur du

jury que comme prévenu de banqueroute simple; que le tribunal correctionnel n'a pu connaître que d'une banqueroute de cette nature, et que l'action en banqueroute frauduleuse dirigée aujourd'hui contre Lagorce, n'est plus la même que celle en vertu de laquelle il a été poursuivi en premier lieu; que non-seulement l'action n'est plus la même, mais qu'elle n'est plus intentée ni poursuivie par les mêmes parties; que les plaignans actuels n'ont pas assisté au concordat; qu'on a même lieu de soupçonner qu'ils n'y ont pas été légalement appelés, et que toutes les circonstances qui environnent cet acte en font présumer la fraude;

» Rejettons la fin de non-recevoir opposée tant au ministère public qu'aux parties civiles;

» Au fond, attendu que Mondot-Lagorce est suffisamment prevenu de banqueroute frauduleuse,

» 1°. En ce qu'il n'a pas justifié de l'emploi de toutes ses recettes, et notamment de 950,000 francs provenant de la vente des domaines de Saint Port et de Sainte-Assise, du prix et de l'emploi de 1080 actions de 1,000 francs chacune sur les coches d'eau, et des 15,000 francs de la dette qu'il a contractée envers le sieur Lanfrey;

2°. En ce qu'il paraît avoir supposé des dettes passives et collusoires avec des créanciers fictifs et notamment avec Lagouès et Lanfrey; que, dans les trois livres-journaux trouvés au greffe, Lagouès ne paraîtrait créancier que de 67,890 francs 49 centimes, et non de 153.475 francs 45 centimes; qu'il n'y est aucunement question de la créance de Lanfrey, bien que ces livres soient, par leur nature, destinés à constater toutes les opérations du négociant;

» 3°. En ce qu'il a acheté des immeubles considérables sous le nom de sa femme; que celle-ci a encore un bureau de loterie sous son nom;

» 4°. En ce qu'il n'a produit que trois livres-journaux incomplets, d'après son aveu, puisqu'ils ne commencent qu'en mars 1808, et qu'il a persisté à ne pas produire les autres livres et journaux qui ont été inventoriés au nombre de quarante deux et qui, en faisant connaître sa veritable position, auraient servi à combler les vides qui existaient dans les trois qui sont produits;

» 5°. Enfin, en ce qu'il n'a pas, dans l'année de la publication du Code de commerce, remis aux greffes et chambres désignés par l'art. 872 du Code de procédure civile, l'extrait de son contrat de mariage; que, par-là, Mondot-Lagorce se trouve dans les cas de banqueroute frauduleuse prévus par les art. 593, nos 1, 2, 4, 6, 7; 594, nos 1 et 70 du Code de commerce; que ce crime, prévu par l'art. 30 de la 2e. section du tit. 2 de l'ancien Code pénal et 402 du nouveau, peut donner lieu à une peine afflictive et infamante;

» Ordonnons que les pieces d'instruction seront transmises sans délai à M. le procureur général de la cour d'appel;

» Ordonnons en outre que, par tous huissiers ou agens de la force publique le nommé François Philippe Mondot-Lagorce..... sera pris au corps et conduit dans la maison de justice qui sera désignée par la cour ».

Le 24 du même mois, arrêt de la cour (royale) de Paris, chambre d'accusation qui,

« Attendu que la base de l'instruction dirigée contre Mondot-Lagorce, est la faillite qu'il a faite en 1810, et que l'on prétend avoir été accompagnée de caractères qui, d'après les dispositions des lois pénales, doivent provoquer la vindicte publique;

» Que déjà, sur le réquisitoire du ministère public, et par suite d'une plainte précédemment rendue contre Mondot Lagorce, il a été, après une instruction légale faite par le directeur du jury d'accusation, traduit en jugement comme prévenu de banqueroute; que, sur cette mise en jugement, est intervenu, en la cour de justice criminelle du département de la Seine, le 29 décembre 1810, arrêt qui, en infirmant le jugement rendu en police correctionnelle, au tribunal de première instance, sur la poursuite du ministère public, a déclaré qu'il n'y avait lieu à suivre;

» Que, d'après l'homologation du concordat dudit Mondot Lagorce, il ne pouvait plus être en prévention de banqueroute; que cet arrêt a donc jugé que désormais Mondot-Lagorce était à l'abri de toutes poursuites criminelles, à raison des circonstances qui pouvaient avoir accompagné le fait de sa faillite; que le ministère public ne s'est point pourvu contre cet arrêt, en sorte qu'il a acquis, avec lui, force de chose jugée;

» Que l'arrêt de la cour de cassation du 9 mars dernier, n'ayant cassé l'arrêt de la cour de justice criminelle que dans le seul intérêt de la loi, il subsiste dans toute sa force vis-à-vis de la partie publique et dans l'intérêt de Mondot-Lagorce; et que ce serait violer la règle *Non bis in idem*, consacrée de nouveau par l'art. 360 du nouveau Code d'instruction criminelle, que de poursuivre ledit Lagorce à raison des caractères de fraude qui auraient été découverts postérieurement à la première accusation de banqueroute sur laquelle il a reçu jugement définitif, et qui ne peuvent

être, dans aucun cas, considérés que comme circonstances aggravantes du fait de banqueroute;

» Dit qu'il n'y a lieu à accusation ».

Le même jour, le ministère public se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Deux questions (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 12 octobre 1811) appellent dans cette affaire, l'attention de la cour. Le procureur general de la cour de Paris est il recevable dans son recours en cassation? C'est la premiere. Ce recours est-il fondé? C'est la seconde.

» Le sieur Lagorce soutient la négative de l'une et de l'autre.

» Mais d'abord, il est bien facile de reconnaître que l'arrêt dont il s'agit, ne fait, en déclarant qu'il n'y a pas lieu à accusation contre le sieur Lagorce, que decider qu'il n'appartient pas aux juges criminels de statuer sur les faits imputés au prevenu, et que les juges civils sont seuls compétens pour connaitre de ces faits; que dès là cet arrêt est nécessairement soumis au recours en cassation, dont l'art. 416 du Code d'instruction criminelle déclare passibles, en tout état de cause, *les arrêts ou jugemens rendus sur la compétence;* qu'ainsi, la fin de non-recevoir dans laquelle se retranche le sieur Lagorce, tombe d'elle-même.

» En second lieu, et au fond, il est certain, l'art. 1351 du Code civil le dit même en termes exprès, que l'*autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement.*

» Or, les faits de banqueroute frauduleuse sur lesquels s'est fondé le ministere public pour requerir la mise en accusation du sieur Lagorce, ont ils *fait l'objet* de l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Seine, du 29 décembre 1810? Voilà le problème à resoudre, et nous osons croire que la solution n'en est pas difficile.

» L'arrêt du 29 décembre 1810 n'a eu ni pu avoir d'autre objet que le jugement du tribunal de premiere instance qu'il a réformé; et ce jugement n'a eu ni pu avoir pour objet que ce dont le tribunal de première instance avait été saisi par l'ordonnance de renvui du directeur du jury. De quoi donc l'ordonnance de renvoi du directeur du jury avait-elle saisi le tribunal de première instance? De la connaissance, de la seule connaissance des faits qui sont qualifiés de délits de banqueroute simple, par les art. 586 et 587 du Code de commerce. L'arrêt du 29 decembre 1810 n'a donc eu pour objet que des faits de banqueroute simple. Il n'a donc pas l'autorité de la chose jugée, relativement aux faits de banqueroute frauduleuse, qui depuis ont été imputés au sieur Lagorce. La cour de Paris a donc, en jugeant le contraire, violé l'art 1351 du Code civil, ou, si l'on veut, l'art. 360 du Code d'instruction criminelle, qui, en déclarant que *toute persunne acquittée légalement, ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait*, exige évidemment qu'il y ait identité entre le fait déjà juge et le fait nouvellement dénonce, pour que le jugement par lequel un prévenu a été acquitté sur le premier, fasse obstacle à de nouvelles poursuites sur le second.

» A ce raisonnement si simple, si palpable, si tranchant, qu'oppose la cour de Paris?

» Le fait imputé à Lagorce (dit-elle) est une faillite qu'il a faite en 1810, et que l'on prétend avoir été accompagnée de circonstances caracteristiques de banqueroute, qui doivent provoquer la vindicte publique. Or, sur ce fait, il est intervenu un arrêt, le 29 décembre, qui a declaré l'action du ministère public non-recevable. Tout est donc jugé par cet arrêt. Cet arrêt ne permet donc pas plus de remetre en question la banqueroute frauduleuse que la banqueroute simple.

» Déjà le procureur général de la cour de Paris vous a fait observer dans sa requête en cassation, combien est vicieux le principe sur lequel roule tout cet argument.

» Non, ce n'est point la faillite de Lagorce qui forme le fait principal dont il a été prévenu en 1810, et pour lequel il est encore poursuivi en ce moment. Une faillite est, par elle même, un fait indifférent à la justice criminelle; elle n'est, par elle-même, ni crime ni delit. Elle ne prend le caractère de délit, que lorsqu'elle a été preparée par des imprudences graves, ou accompagnée des omissions que signalent les art. 586 et 587 du Code de commerce. Elle ne prend le caractère de crime, que lorsqu'elle a été précédée, accompagnée ou suivie des faits de dol que signalent les art. 69, 70, 593 et 594 du même Code. Donc, hors ces deux cas, le ministère public ne peut pas la poursuivre. Donc, s'il la poursuit, c'est nécessairement, ou comme delit ou comme crime. Donc considérée comme delit, elle est indépendante de ce qu'elle est considérée comme crime, et réciproquement. Donc la poursuivre comme delit ou banqueroute simple, ce n'est point la poursuivre comme crime ou banqueroute frauduleuse. Donc le jugement qui decide qu'il n'y a pas lieu de la poursuivre comme délit, laisse entière la question de savoir si elle peut être poursuivie comme crime.

Et, dans le fait, qu'y a-t-il de commun entre les causes pour lesquelles on peut être puni comme banqueroutier simple, et les causes pour lesquelles on peut être puni comme banqueroutier frauduleux ?

» Tel failli peut être à l'abri du reproche d'avoir fait dans sa maison des dépenses excessives; d'avoir consommé de fortes sommes au jeu ou à des opérations de pur hasard; d'avoir, tandis que son actif était de 50 pour 100 au-dessous de son passif, fait des emprunts considérables, ou revendu des marchandises soit à perte, soit au-dessous du cours; d'avoir donné des signatures de crédit ou de circulation pour une somme triple de son actif; de n'avoir pas fait au greffe la déclaration prescrite par l'art. 440 du Code de commerce; de ne s'être pas présenté aux agens et aux syndics dans les délais qui lui étaient fixés pour le faire; d'avoir tenu ses registres irrégulièrement; de n'avoir pas fait enregistrer l'acte d'une société dans laquelle il était engagé; pour tout dire en un mot, il peut être à l'abri du reproche d'avoir rien fait de ce que les art. 586 et 587 du Code déclarent constituer le délit de banqueroute frauduleuse.

» Et cependant ce même failli aura, soit supposé des dépenses ou des pertes, soit détourné des sommes d'argent, des créances, des marchandises; soit simulé des ventes, des négociations, des donations; soit supposé des dettes passives et collusoires entre lui et des créanciers fictifs, soit appliqué à son profit des sommes ou valeurs qui lui avaient été confiées à titre de mandat ou de dépôt, soit acheté des immeubles ou des effets mobiliers à la faveur d'un prête-nom; soit caché ses livres, soit refusé de se représenter à justice après avoir obtenu un sauf-conduit; tous faits auxquels les art. 593 et 594 impriment le cachet de la banqueroute frauduleuse.

» Et l'on ne pourra pas le poursuivre comme banqueroutier frauduleux, parcequ'il aura été précédemment jugé n'être dans aucun des cas de la banqueroute simple? Nous l'avouons de bonne foi, il nous est impossible d'apercevoir le moindre fil qui lie une pareille conséquence au principe dont on la fait découler.

» Plaçons, pour un moment, le sieur Lagorce dans une hypothèse qui lui serait bien moins défavorable que l'espèce dans laquelle il se trouve.

» Supposons qu'il n'ait d'abord été poursuivi comme prévenu de simple banqueroute, que pour avoir omis de faire enregistrer l'acte d'une société de commerce dont il eût été membre; et qu'acquitté de cette prévention, on le poursuive de nouveau comme banqueroutier simple, pour avoir porté à un taux excessif les dépenses de sa maison, ou pour avoir consommé de fortes sommes au jeu. Pourrait-il opposer à ces nouvelles poursuites le jugement qui l'aurait déchargé des premières ?

» Non, sans doute; et s'il le faisait, en disant que la banqueroute simple est un délit générique qui comprend en soi toutes les espèces auxquelles s'en rattache l'idée, et que le jugement qui l'a acquitté de ce délit, l'en a nécessairement acquitté dans toutes ses branches, nous lui répondrions par l'arrêt que vous avez rendu le 5 octobre 1810, au rapport de M. Busschop... (1).

» Assurément il en est du fait général de banqueroute simple, comme du fait général de malversations et d'escroqueries relatives à la conscription. Comme celui-ci, il se compose de faits particuliers; et dans un cas comme dans l'autre, c'est sur ces faits particuliers que les juges se déterminent à condamner ou à renvoyer le prévenu. Si donc le prévenu de certains faits de malversations ou d'escroqueries relatives à la conscription, ne peut pas se prévaloir du jugement qui l'a acquitté de ces faits, pour écarter les poursuites dirigées contre lui sur d'autres faits de la même nature, il est bien évident que le prévenu de certains faits de banqueroute simple, qui en a été acquitté par un jugement, ne peut pas non plus opposer ce jugement aux nouvelles poursuites que l'on dirige contre lui sur d'autres faits qui portent le même caractère.

» Mais, si le sieur Lagorce peut encore, nonobstant l'arrêt du 29 décembre 1810, être poursuivi sur des faits de banqueroute simple, autres que ceux dont il était prévenu lors de cet arrêt, à combien plus forte raison peut-il encore, nonobstant cet arrêt, être poursuivi sur des faits de banqueroute frauduleuse ? Certes, les faits de banqueroute frauduleuse sont bien plus étrangers aux faits de banqueroute simple, que les faits de banqueroute simple ne le sont entre eux.

» Cependant il reste encore au sieur Lagorce trois argumens sur lesquels il est de notre devoir de nous expliquer.

» Et d'abord, dit-il, l'arrêt du 29 décembre 1810 est fondé sur un motif qui s'applique aussi bien aux faits de banqueroute frauduleuse, à raison desquels on me poursuit actuellement, qu'aux faits de banqueroute simple, à raison desquels on me poursuivait alors: il est fondé sur le jugement du tribunal de

(1) Il est rapporté ci-dessus.

commerce qui avait déclaré ma faillite excusable, et par conséquent exempte de banqueroute frauduleuse comme de banqueroute simple. Me poursuivre aujourd'hui comme prévenu de banqueroute frauduleuse, c'est donc contrevenir à cet arrêt.

» Mais pour qu'un jugement produise en faveur de celui qui l'invoque, une exception de chose jugée, suffit-il que son motif soit applicable à l'affaire dans laquelle on en excipe?

» Tout le monde sait que non : encore une fois, il n'y a exception de chose jugée en toute matière, suivant l'art. 1351 du Code civil, que lorsqu'il y a identité entre l'objet du jugement et l'objet de la nouvelle contestation. Il n'y a exception de chose jugée en matière criminelle, suivant l'art. 360 du Code de 1808, que lorsqu'il y a identité entre le fait déjà jugé et le fait soumis à de nouvelles poursuites. Or, dans notre espèce, point d'identité entre l'objet de l'arrêt du 29 décembre 1810 et l'objet des poursuites actuelles; point d'identité entre les faits de banqueroute simple sur lesquels l'arrêt du 29 décembre 1810 a déclaré le ministère public non-recevable à poursuivre le sieur Lagorce, et les faits de banqueroute frauduleuse sur lesquels le sieur Lagorce est actuellement poursuivi par le ministère public. Donc point d'exception à tirer ici de l'arrêt du 29 décembre 1810.

» Mais, dit encore le sieur Lagorce, il n'est pas vrai que je n'aie été poursuivi, avant cet arrêt, que comme prévenu de banqueroute simple. Je l'ai été également comme prévenu de banqueroute frauduleuse; et il a été jugé que cette prévention n'était pas fondée. Voici comment. Le sieur Ragouleau avait déclaré, dans sa plainte, qu'il s'en remettait à l'instruction pour déterminer si la banqueroute qu'il m'imputait, était frauduleuse ou simple. Il avait ensuite joint à sa plainte un mémoire non signé, par lequel il articulait contre moi divers faits de banqueroute frauduleuse. Puis, le magistrat de sûreté de la première division du département de la Seine avait donné, le 25 septembre 1810, un réquisitoire, par lequel, tout en m'imputant deux des faits de banqueroute frauduleuse que l'on m'impute encore aujourd'hui, il se bornait à requérir ma traduction devant le tribunal correctionnel, sauf à revenir sur ses pas à l'audience, en cas que la discussion amenât contre moi des preuves de fraude. Le 26 octobre suivant, nouveau réquisitoire de l'un des magistrats de sûreté, exerçant près le directeur du jury, qui laisse de côté les faits de banqueroute frauduleuse énoncés tant dans le mémoire du sieur Ragouleau que dans le réquisitoire du 25 septembre, et ne demande ma traduction devant le tribunal correctionnel, que sur des faits de banqueroute simple. Enfin, le 31 du même mois, ordonnance du directeur du jury qui, adoptant les conclusions du ministère public, *renvoie l'affaire à la police correctionnelle, pour y être jugée....., sur la prévention résultant du réquisitoire du magistrat de sûreté.* Ainsi, non-seulement le ministère public a reconnu, par son réquisitoire du 26 octobre, que je ne devais pas être mis en jugement comme prévenu de banqueroute frauduleuse; mais le directeur du jury l'a ainsi décidé par son ordonnance du 31 du même mois.

» Oui, le ministère public a reconnu; oui, le directeur du jury a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'instruire contre le sieur Lagorce comme prévenu de banqueroute frauduleuse. Mais que résulte-t-il de cette reconnaissance, que résulte-t-il de cette décision? Précisement tout le contraire de ce que le sieur Lagorce prétend en faire résulter : que le sieur Lagorce n'a pas été mis en jugement et par conséquent n'a pas été jugé sur les faits de banqueroute frauduleuse dont l'accuse aujourd'hui le ministère public; car, autre chose était, dans les principes du Code du 3 brumaire an 4, d'acquitter un prévenu après une instruction contradictoire et solennelle; autre chose était de déclarer qu'il n'y avait pas lieu d'instruire contre lui. Dans le premier cas, il y avait un jugement proprement dit, et la règle *Non bis in idem* s'appliquait, dans toute sa force; au second cas, il n'y avait point de jugement, il n'y avait qu'une décision provisoire de police; et l'art. 67 du Code du 3 brumaire an 4 portait formellement qu'une décision provisoire de police n'empêchait pas que le prévenu dont elle ordonnait la mise en liberté, ne fût recherché et poursuivi de nouveau pour le même fait.

» Enfin, dit le sieur Lagorce, la question n'est plus entière : elle est tranchée par l'arrêt de la cour de cassation, du 9 mars dernier. Cet arrêt casse celui du 29 décembre 1810, pour avoir jugé que je ne pouvais plus *être poursuivi devant la cour criminelle, sur une prévention de banqueroute simple ou frauduleuse*; mais il ne le casse que dans l'intérêt de la loi; il le laisse donc subsister dans mon intérêt; il juge donc, dans mon intérêt, qu'il résulte de l'arrêt du 29 décembre 1810, que je ne peux plus être poursuivi *sur une prévention de banqueroute frauduleuse;* il repousse donc à l'avance les poursuites dirigées contre moi, par le procureur général de la cour de Paris.

» Mais en ne cassant que dans l'intérêt de la loi, l'arrêt du 29 décembre 1810, en le maintenant dans l'intérêt du sieur Lagorce, vous n'avez ni ajouté ni retranché à ses dispositions; vous l'avez laissé tel qu'il était. Or, cet arrêt avait-il jugé que le sieur Lagorce ne pouvait plus être *poursuivi sur une prévention de banqueroute frauduleuse?* Non certainement : il avait seulement jugé que le sieur Lagorce ne pouvait plus être *poursuivi sur une prévention de banqueroute simple*; et il n'avait pas pu juger autre chose, puisque ce n'était que sur une prévention de banqueroute simple, que le sieur Lagorce avait été mis en jugement. Donc, en maintenant cet arrêt dans l'intérêt du sieur Lagorce, vous n'avez ni jugé ni pu juger qu'il en résultait, pour le sieur Lagorce, une fin de non-recevoir contre toute poursuite en banqueroute frauduleuse qui pourrait être dirigée contre lui. Donc, c'est par erreur de copiste que, dans votre arrêt du 9 mars dernier, les mots *banqueroute frauduleuse* ont été ajoutés aux mots *banqueroute simple*. Donc le dernier argument du sieur Lagorce n'est pas plus concluant que les autres.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la fin de non-recevoir opposée par le sieur Mondot-Lagorce, au recours en cassation du procureur général de la cour de Paris; et statuant sur ce recours, casser et annuler l'arrêt de la cour de Paris, du 24 août dernier ».

Arrêt du 12 octobre 1811, au rapport de M. Aumont, par lequel,

« La cour reçoit l'intervention de François-Philippe Mondot-Lagorce, et y statuant ainsi que sur le pourvoi du procureur général, près la cour de Paris;

» Attendu, en premier lieu, sur la fin de non-recevoir proposée contre ce pourvoi, qu'il ne porte pas sur une mise en liberté ordonnée d'après une appréciation plus ou moins exacte de preuves; conséquemment qu'il n'y a lieu à l'application des art. 300 et 409 du Code d'instruction criminelle, ni d'aucun autre article de ce Code; qu'il est fondé sur une prétendue violation des règles de compétence établies par la loi; que, dès-lors, et d'après les art. 408 et 416 du même Code, il est recevable,

» Rejette ladite fin de non-recevoir proposée par Mondot Lagorce;

» Attendu, en second lieu, relativement au pourvoi du procureur général, que l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Seine, du 29 décembre 1810, a embrassé dans ses motifs la prévention de banqueroute frauduleuse, comme celle de banqueroute simple; que dans son dispositif, il a expressément jugé *qu'il n'y avait pas lieu à suivre sur la plainte rendue par Ragouleau contre Lagorce;* que cette plainte de Ragouleau présentait néanmoins et cumulativement la prévention de banqueroute simple et celle de banqueroute frauduleuse; que, si la cour de justice criminelle a statué, par violation de toutes les règles de sa compétence, sur la prévention de banqueroute frauduleuse, qui ne pouvait jamais entrer dans les attributions de la juridiction correctionnelle, l'arrêt de cette cour n'ayant point été attaqué par le ministère public, n'en a pas moins acquis l'autorité de la chose jugée en faveur de Mondot-Lagorce, sur cette prévention de banqueroute frauduleuse comme sur celle de banqueroute simple; et qu'en faisant résulter de cet arrêt une fin de non-recevoir contre la poursuite du ministère public sur la prévention de banqueroute frauduleuse, la cour de Paris n'a violé aucune loi;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi... ».

On voit que cet arrêt ne contrarie nullement les principes qui sont exposés dans les conclusions qu'il rejette. Je puis d'ailleurs assurer que ces principes ont été formellement reconnus par tous les magistrats de la section criminelle, et que le recours en cassation de M. le procureur général de la cour de Paris, aurait été accueilli sans difficulté, si la cour de cassation n'eût été arrêtée par la manière dont avait été rédigé son arrêt du 9 mai 1811.

XIII. Lorsqu'un agent du gouvernement, poursuivi pour un délit relatif à ses fonctions, sans l'autorisation préalable du conseil d'état, a été acquitté par le jugement qui est intervenu sur les poursuites dirigées illégalement contre lui, peut-on, en annulant ce jugement, ordonner que le prévenu sera poursuivi et jugé de nouveau; ou ce jugement ne peut-il être annulé que dans l'intérêt de la loi?

« Le procureur général expose qu'il est chargé par le gouvernement de requérir, pour l'intérêt de la loi, l'annullation d'un jugement du tribunal correctionnel de Castellanne, département des Basses-Alpes.

» Le 9 janvier 1808, plainte du magistrat de sûreté de l'arrondissement de Castellanne, expositive que le sieur François Lions, maire de la commune de Castillon, avait recelé publiquement, dans sa maison, Athanase Lions, son fils, déserteur du dix-septième régiment d'infanterie légère.

» Sur cette plainte, informations ; et le 23 du même mois, ordonnance du directeur du jury qui renvoie le sieur François Lions devant le tribunal correctionnel.

» La cause portée à l'audience de ce tribunal, jugement du 1er. février suivant, qui acquitte le sieur François Lions, et ordonne qu'il sera mis en liberté.

» Ce jugement n'offrait au fond rien que de juste ; mais il était, ainsi que les procédures et les poursuites qui l'avaient précédé, entaché d'une irrégularité frappante.

» Le sieur François Lions était prévenu d'avoir favorisé la désertion d'un militaire, et par conséquent d'avoir prévariqué dans les fonctions de maire de la commune de Castillon, puisque ces fonctions lui imposaient essentiellement le devoir de rechercher les déserteurs, et de les faire arrêter.

» Dès-là, il ne pouvait, aux termes de l'art. 75 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, être poursuivi devant les tribunaux, qu'en vertu d'une décision du conseil d'état, sanctionnée par le gouvernement.

» Le magistrat de sûreté, le directeur du jury et le tribunal correctionnel de Castellanne ont donc contrevenu à cet article et excédé leurs pouvoirs, les deux premiers en poursuivant, et le troisième en jugeant le sieur Lions, sans qu'une décision préalable du conseil d'état eût autorisé sa mise en jugement.

» Et c'est sur ce fondement que le ministre de l'intérieur a cru devoir dénoncer ces poursuites et ce jugement au gouvernement.

» Mais sa dénonciation ayant été renvoyée au conseil d'état, il y est intervenu, le 1er. février 1811, un avis qui a été approuvé le 6 du même mois, et qui est ainsi conçu :

» *Le conseil d'état, qui... a entendu le rapport de la section de législation sur celui du ministre de l'intérieur, tendant à faire examiner par le conseil d'état s'il y a lieu à autoriser la mise en jugement du sieur Lions, maire de la commune de Castillon, département des Basses-Alpes ; vu le procès-verbal dressé, le 8 septembre 1807, par les gendarmes de Castellanne, duquel il paraît résulter que le sieur Lions, ex-maire de la commune de Castillon, département des Basses-Alpes, aurait, pour le soustraire à leurs recherches, fait échapper son fils, conscrit déserteur, par une porte intérieure de communication avec la maison voisine ; vu le jugement rendu sur cette affaire, le 1er. février 1810, par le tribunal de Castellanne, sans avoir obtenu l'autorisation préalable du gouvernement, duquel cependant il paraît résulter, d'après la vérification des lieux, qu'il n'existe et n'a jamais existé aucune porte de communication entre la maison du sieur Lions et la maison voisine, et qu'en conséquence le conscrit déserteur n'a pu être vu s'évader par-là ;*

» *Considérant que la garantie introduite par l'art. 75 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, l'a été en faveur des fonctionnaires, et que ce serait la faire tourner contre eux, que d'anéantir un jugement d'absolution intervenu en l'absence de cette formalité ; que, dans l'espèce particulière, une telle décision serait d'autant plus dure, que l'absolution paraît avoir été justement prononcée, spécialement en ce que le moyen principal d'inculpation a été détruit ;*

» *Considérant néanmoins que la poursuite a été illégale ;*

» *Est d'avis qu'il y a lieu de faire le renvoi du jugement dont il s'agit, à la cour de cassation, pour y être, sur la réquisition du procureur général, statué dans l'intérêt de la loi* (1).

» C'est en exécution de cet avis que le grand-juge, ministre de la justice, a transmis à l'exposant le jugement dont il s'agit; et l'a chargé, au nom du gouvernement, d'en requérir la cassation.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an 8, et l'art. 1er. de la loi du 24 brumaire an 6, casser et annuler, dans l'intérêt de la loi, et sans préjudice de son exécution à l'égard de François Lions, le jugement du tribunal correctionnel de Castellanne, du 1er. février 1808, dont expédition est ci-jointe; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres dudit tribunal.

» Fait au parquet, le 27 mai 1811. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Schwendt...;

» Vu l'art. 75 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8;

» Considérant qu'en contravention à cette disposition, le sieur François Lions, maire de la commune de Castillon, a été poursuivi et traduit devant le tribunal correctionnel de Castellanne pour faits de prévarication dans ses fonctions, avant qu'aucune autorisation légale de traduction de sa personne devant les tribunaux fût intervenue, ce qui présente

(1) Un avis semblable avait déjà été donné le 12 décembre 1809 *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Non bis in idem*, §. 1.

une violation formelle de la loi citée et un excès de pouvoir;

» Vu aussi l'avis du conseil d'état du 1er. février 1811, approuvé...., et le réquisitoire du procureur général près la cour agissant en conséquence de l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an 8;

» La cour casse et annulle dans l'intérêt de la loi.... ».

» Prononcé le 6 juin 1811 ».

XIV. Quel est, par rapport à la règle *Non bis in idem*, l'effet d'une ordonnance du directeur du jury qui, sous le Code du 3 brumaire an 4, a déclaré qu'il n'y avait lieu à suivre, attendu que le crime imputé au prévenu, était prescrit, et d'une ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de 1re. instance qui, sous le Code d'instruction criminelle de 1808, déclare la même chose? Ces ordonnances, lorsqu'elles n'ont pas été attaquées dans le délai de la loi, ou lorsqu'ayant été attaquées, elles ont été confirmées, forment-elles obstacle à ce que le prévenu soit poursuivi de nouveau pour le même fait? Y font-elles obstacle, lorsque les nouvelles poursuites sont exercées d'après la plainte de nouvelles parties civiles? Y font-elles obstacle, lorsque depuis il est survenu de nouvelles charges?

Le 14 pluviôse an 5 (2 février 1797), Guillaume-Michel Roger, négociant à Rouen, suspend ses paiemens.

Le 7 germinal an 7 (27 mars 1799), après des tentatives infructueuses d'arrangement avec ses créanciers, il dépose son bilan au tribunal de commerce.

Par suite de ce dépôt, il fait avec la majorité de ses créanciers un concordat dont il poursuit l'homologation contre les refusans.

Ceux-ci motivent leur opposition sur la banqueroute frauduleuse dont ils accusent Roger.

Le 28 floréal an 7, jugement du tribunal de commerce qui, attendu les faits de banqueroute frauduleuse imputés à Roger, rejette sa demande en homologation.

Mais, sur l'appel, le tribunal civil du département de la Seine-Inférieure réforme ce jugement, le 5 messidor suivant, et homologue le concordat.

Le 28 avril 1808, le nommé Mauger, l'un des créanciers opposans à l'homologation, rend une plainte en banqueroute frauduleuse contre Roger, et la fonde sur les mêmes faits qui avaient été articulés, en l'an 7, devant le tribunal de commerce.

Le 31 du même mois, conclusions du magistrat de sûreté à ce que, d'après l'instruction faite en conséquence de cette plainte, Roger soit traduit devant un jury spécial d'accusation.

Le 10 décembre suivant, ordonnance du directeur du jury, portant que *l'action publique étant prescrite, aux termes des art. 9 et 10 du Code du 3 brumaire an 4, il n'y a pas lieu à suivre.*

Mauger se pourvoit en cassation contre cette ordonnance.

Le 25 janvier 1809, arrêt qui le déclare non-recevable, « attendu que la loi du 7 pluviôse an 9 n'accorde qu'aux magistrats de sûreté le droit de se pourvoir en cassation contre les ordonnances du directeur du jury qui ne sont pas conformes à ses réquisitions ».

Le 23 février de la même année, le tribunal de première instance de Rouen, prononçant sur l'opposition existante entre les conclusions du magistrat de sûreté et l'ordonnance du directeur du jury, adopte l'opinion de celui-ci.

Le 19 novembre 1811, les sieurs Vimard, Barray et Hendron rendent, contre Roger, une nouvelle plainte en banqueroute frauduleuse.

Le 28 du même mois, ordonnance de la chambre du conseil du tribunal de première instance, qui, sur le rapport du juge d'instruction et conformément aux conclusions du procureur du gouvernement,

« Considérant que le prévenu Roger a été poursuivi en banqueroute frauduleuse, et qu'il a été déchargé des poursuites faites contre lui, par ordonnance du directeur du jury du 10 décembre 1808, fondée particulièrement sur ce que la prescription était acquise; que cette ordonnance a été confirmée par jugement du tribunal de première instance, rendu sur le conflit d'opinions d'entre le directeur du jury et le magistrat de sûreté, le 25 février 1809; que la partie civile s'étant pourvue en cassation de ladite ordonnance, a été déclarée non-recevable en son pourvoi, par arrêt de la cour de cassation du 19 janvier 1809; que des poursuites pour le même fait de banqueroute ne peuvent donc être renouvelées aujourd'hui après 14 années de faillite....;

» Déclare qu'il n'y a lieu à suivre ».

Le 30, opposition à cette ordonnance de la part des sieurs Vimard, Barray et Hendron, parties civiles.

Le procureur-général appuie cette opposition, et conclud, de son chef, à l'annullation du jugement du 25 février 1809.

Le 9 janvier 1812, arrêt de la chambre d'accusation de la cour de Rouen, qui,

« Attendu qu'il faut distinguer une faillite d'une banqueroute ; que, dans le premier cas, le débiteur est poursuivi civilement par ses créanciers, parcequ'une faillite ne donne lieu qu'à des intérêts civils ; que, dans le second cas, le débiteur étant dénoncé comme ayant agi en fraude de ses créanciers légitimes, le magistrat placé par la loi pour la vindicte publique, intervient et poursuit directement, non-seulement pour l'intérêt de la partie civile, mais encore pour l'intérêt de la société; que c'est donc du jour que le magistrat chargé de la poursuite des crimes et délits, a été informé qu'un individu a fait une banqueroute, que le délai pour la prescription doit courir ; que Roger ne peut invoquer en sa faveur toutes les discussions qui ont eu lieu entre lui et ses créanciers devant les tribunaux civils depuis l'an 5, époque où il a déclaré être tombé en faillite, ni de la date du dépot de son bilan, du 7 germinal an 7, pour en conclure, comme les premiers juges l'ont fait, que le fait a été connu et légalement constaté à partir de l'an 5, ou au moins de l'an 7 ; qu'en effet, on ne peut, de l'allégation de quelques faits de fraude devant les tribunaux civils, tirer la conséquence que le crime a été constaté, puisqu'aux termes de l'art. 9 du Code du 3 brumaire an 4, il ne suffit pas que l'existence d'un délit soit connue, il faut encore qu'elle soit constatée ; que le magistrat de sûreté de Rouen, institué pour la recherche et la poursuite des délits dans son arrondissement, n'a eu une connaissance légale de la prévention de banqueroute frauduleuse imputée à Roger, que le 1er. mai 1808, jour de la réception de la plainte de Guillaume Mauger, et qu'il n'a pu se livrer à la constatation légale du crime dénoncé, qu'à partir dudit jour 1er. mai 1808; que cette plainte a été suivie d'une instruction et que, dès lors, et conformément à l'art. 10 du Code du 3 brumaire an 4, la prescription ne peut s'acquérir que par un laps de six années ; d'où il suit que les sieurs Hendron, Vimard et Barray le jeune ont donné leur plainte en temps de droit; qu'on ne peut opposer à ces parties civiles le jugement rendu le 25 février 1809, sur le conflit d'opinion qui existait entre le directeur du jury et le magistrat de sûreté, puisqu'elles n'étaient point parties au procès, et que Guillaume Mauger était le seul plaignant ; que l'arrêt de la cour de cassation, du 25 janvier 1809, intervenu sur le pourvoi dudit Mauger contre l'ordonnance du directeur du jury, ne peut pas davantage être opposé aux sieurs Hendron, Vimard et Barray le jeune, 1°. parcequ'ils n'y ont pas figuré; 2°. parceque cet arrêt n'a pas statué sur le fait de la prescription adopté par le directeur du jury, mais qu'il a seulement déclaré Mauger non-recevable dans son pourvoi ; que, d'un autre coté, lors du jugement du 25 février 1809, le tribunal de première instance ne s'est occupé que de l'exception de la prescription, et n'est point entré dans l'examen des faits articulés ou rapportés contre Roger pour constater que sa banqueroute était frauduleuse ; que, dans ces circonstances, il est indifférent que les plaignans actuels articulent des faits nouveaux, ou que de nouvelles charges résultent de l'instruction à faire, pour dire qu'il y a lieu à poursuites contre ledit Roger, puisque le fait de banqueroute frauduleuse, dont il est prévenu, n'a point été soumis au jury d'accusation ; qu'enfin, les plaignans étant créanciers de Roger, et agissant en leur nom personnel, ont qualité pour poursuivre leur débiteur;

» Et en ce qui concerne le ministère public, considérant que l'art. 17 de la loi du 7 pluviôse an 9 était facultatif; qu'un substitut pouvait ne pas envoyer au procureur général près la cour de justice criminelle, le jugement contraire à sa réquisition; qu'il n'appert point que le jugement du 25 février 1809 ait été soumis à l'examen du procureur général; que ce magistrat n'a donc pas eu une connaissance légale de ce jugement ; qu'il résulte cependant de la lettre et de l'esprit de ladite loi du 7 pluviose, que le procureur général ne pouvait pas indéfiniment attaquer, par la voie de l'appel, pareilles décisions ; que l'art. 18 de la loi du 7 pluviôse an 9 ne fixe point, à la vérité, le délai dans lequel le procureur général près la cour criminelle doit soumettre à cette cour la décision que les juges de première instance auraient rendue contrairement à l'avis du magistrat de sûreté, mais qu'à cet égard il faut avoir recours aux autres lois en matière criminelle; or, l'art. 197 du Code du 3 brumaire an 4 n'accordait que le délai d'un mois à l'accusateur public pour appeler des jugemens rendus en police correctionnelle ; et l'art. 441 n'accordait qu'un délai de trois jours pour se pourvoir contre les jugemens de condamnation, et un délai seulement de vingt-quatre heures contre les jugemens d'absolution ; qu'enfin tous les délais en matière criminelle, étaient très-courts et non indéfinis ; que, dès-lors, le procureur général ne peut être écouté aujourd'hui dans sa demande en annullation du jugement du 25 février 1809; mais que les sieurs Hendron, Vimard et Barray le jeune sont opposans à une ordonnance de mise en liberté rendue, le 28 novembre 1811, par la chambre d'instruction du tribu-

nal de première instance de Rouen; que le ministère public a bien le droit d'examiner si cette ordonnance est conforme aux principes, et qu'elle ne peut être identifiée avec le jugement du 25 févrirr 1809;

» Que le motif de cette ordonnance (du 28 novembre 1811) etant que la prescription était acquise avant la plainte de Guillaume Mauger, le procureur général, qui n'adopte pas un pareil motif, peut et doit conclure à l'annullation de cette ordonnance... ;

» Que le fait de banqueroute frauduleuse a été prévu et qualifié *crime* par l'ordonnance de commerce de 1673, par le Code penal de 1791 et par le nouveau Code pénal de 1810;

» Vu les art. 9 et 10 de la loi du 3 brumaire an 4, et les art. 135, 231, 235, 236, 237 et 250 du nouveau Code d'instruction criminelle...;

» Statuant sur l'opposition des parties civiles et sur les réquisitions du procureur général, sans avoir égard à la demande en annullation du jugement du 25 fevrier 1809, declare que la *prescription n'est point acquise* pour le fait de banqueroute frauduleuse imputé à Guillaume-Michel Roger; ce faisant, annulle l'ordonnance rendue le 28 novembre dernier par le tribunal de l'arrondissement de Rouen, et vu ce qu'il résulte des pièces du procès, ordonne que ledit Roger restera provisoirement en etat d'arrestation comme prévenu de banqueroute frauduleuse; qu'il sera informé contre lui sur les faits consignés dans la plainte du 19 novembre 1811... ».

Guillaume-Michel Roger se pourvoit en cassation contre cet arret.

« Nous n'avons pas à examiner, dans cette affaire (ai je dit à l'audience de la section criminelle, le 9 mai 1812) si le tribunal de premiere instance de Rouen avait bien ou mal jugé, en décidant, le 23 fevrier 1809, conformément à l'ordonnance du directeur du jury du 10 décembre 1808, que l'action publique était prescrite à l'égard de la banqueroute frauduleuse imputée a Guillaume-Michel Roger.

» Mais le jugement bon ou mauvais qu'il avait rendu sur ce point, n'ayant ete ni attaqué par le ministère public dans le délai de la loi, ni reformé dans le temps par le tribunal supérieur, avait il l'autorite de la chose jugée, et formait-il un obstacle légal à de nouvelles poursuites, lorsque les sieurs Vimard, Barray et Hendron ont rendu la plainte sur laquelle est intervenu l'arret qui vous est dénonce? Voila ce qui doit fixer votre attention.

» Une chose fort étrange, c'est que la cour de Rouen ne s'est pas expliquée sur cette question; qu'elle en a regardé la négative comme indubitable; et que, tout en déclarant même le procureur général non recevable à attaquer le jugement du 23 février 1809, elle a prononcé comme si ce jugement n'existait pas.

» Quel motif a pu la porter à une pareille détermination?

» Aurait elle pensé que la régle *Non bis in idem* n'a lieu, en matière criminelle, que lorsqu'un accusé est acquitté par le jury à la suite d'un débat public?

» C'eut eté, de sa part, une grande erreur. En disant, art. 360, *que toute personne acquittée légalement, ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait*, le Code d'instruction criminelle fait bien au cas ou l'accusé est acquitté par le jury, l'application de la régle *Non bis in idem*; mais il ne la restreint point à ce cas.

» Tres certainement si, au lieu d'être acquitté par le jury, l'accusé était absous par un jugement, on ne pourrait plus le reprendre ni le poursuivre pour le même fait: et cependant le Code d'instruction criminelle ne contient là-dessus aucune disposition.

» On ne pourrait également plus reprendre ni poursuivre pour le même fait, le prévenu d'un délit de police correctionnelle, qui serait renvoyé, soit par un arrêt ou un jugement en dernier ressort, soit par un jugement de première instance, dont il n'y aurait pas eu d'appel, et cependant le Code d'instruction criminelle est également muet à cet égard

» En deux mots, l'autorite de la chose jugée ne lie pas moins les tribunaux criminels que les tribunaux civils; et dès-là, nul doute qu'un jugement de premirre instance qui déclare un crime prescrit, n'élève, tant qu'il subsiste, tant qu'il n'a pas été réformé, une barrière insurmontable contre toute poursuite ultérieure.

» Inutile d'objecter que le jugement du 23 février 1809 n'a fait que confirmer l'ordonnance du directeur du jury qui déclarait la prescription acquise à Roger; que cette ordonnance n'était que ce que l'art. 67 du Code du 3 brumaire an 4 appelait une *décision provisoire de police*; et que par conséquent elle n'empêchait pas que Roger ne fût poursuivi de nouveau.

» L'art. 67 du Code du 3 brumaire an 4 n'était relatif qu'à l'ordonnance de mise en liberté qui intervenait, après l'interrogatoire du prevenu sur le fondement qu'il s'était disculpé; et l'on n'aurait pas pu l'appliquer à une ordonnance de mise en liberte motivée sur la prescription du crime ou du délit.

» Si un recours en cassation eût été exercé contre l'ordonnance d'un directeur de jury

qui, d'accord avec les conclusions du ministère public, eût déclaré la prescription acquise au prévenu, auriez-vous pu admettre ce recours? Oui, sans doute, et il y en a plusieurs exemples. Donc vous auriez considéré cette ordonnance comme définitive; donc vous auriez jugé que cette ordonnance n'était pas comprise dans la disposition de l'art. 67 du Code du 3 brumaire an 4.

» La cour de Rouen aurait-elle pensé que le jugement du 23 février 1809 ne pouvait pas être opposé aux sieurs Vimard, Barray et Hendron, qui n'y avaient pas été parties?

» Nous ne saurions croire qu'elle se soit méprise à ce point sur les conditions requises pour donner lieu, en matière criminelle, à l'exception de chose jugée.

» Sans doute, en matière criminelle comme en matière civile, les jugemens n'ont de force qu'entre les parties avec lesquelles ils ont été rendus. Sans doute, en matière criminelle comme en matière civile, il est de principe que *res inter alios judicata aliis nocere non potest.*

» Mais dans un procès criminel, quelles sont les véritables parties? Il n'y en a point d'autre que le ministère public et le prévenu.

» A la vérité, la partie civile intervient dans ce procès; mais à son égard, ce procès n'est point criminel, il est purement civil; et c'est ce que fait clairement entendre l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, lorsqu'il dit: *l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique.*

» Il suffit donc que le prévenu soit, ou acquitté, ou absous ou déchargé par l'effet de la prescription, contradictoirement avec le ministère public, pour que le ministère public ne puisse plus le poursuivre à raison du même fait.

» Il n'importe que le ministère public soit excité à de nouvelles poursuites par une autre partie civile.

» Que fait, dans ce cas, la nouvelle partie civile? Elle intente une action privée. Mais l'exercice d'une action privée peut-il faire revivre une action publique qui est éteinte? Il le peut d'autant moins, que l'action privée est elle-même non-recevable dans ce cas. Qui est-ce qui ignore, en effet, que toute demande civile en réparation du dommage causé par un crime, est interdite du moment que le crime ne peut plus être poursuivi par l'action publique?

» Enfin, la cour de Rouen aurait-elle pensé que les faits prétendus nouveaux de dol et de fraude articulés par les nouvelles parties civiles, l'autorisaient à écarter le jugement du 23 février 1809?

» Mais elle a elle-même refusé expressément de s'expliquer sur la nature de ces faits. Elle a elle-même dit qu'il était indifférent que ces faits dûssent être considérés comme véritablement nouveaux, ou qu'on ne dût les envisager que comme de nouvelles charges des faits que le jugement du 23 février 1809 avait déclarés prescrits.

» Si, séparant ces faits prétendus nouveaux, de ceux sur lesquels avait statué le jugement du 23 février 1809, elle eût jugé que ces faits n'étaient pas seulement de nouvelles charges, et qu'ils constituaient un nouveau crime indépendant de celui qui avait été jugé prescrit par le tribunal de première instance de Rouen, nous aurions à examiner si, en cela, elle eût violé quelque loi; mais cet examen serait inutile ici; il n'est même pas, dans l'état actuel des choses, de la compétence de la cour.

» En dernière analyse, rien ne peut justifier l'arrêt de la cour de Rouen; et nous estimons en conséquence qu'il y a lieu de le casser et annuler ».

Par arrêt du 9 mai 1812, au rapport de M. Busschop,

« La cour reçoit l'intervention des sieurs Hendron, Vimard et Barray le jeune, parties civiles;

» Et vu l'art. 1er. du Code pénal de 1810; les art. 15, 16, 17, 18 et 19 de la loi du 7 pluviôse an 9, et les art. 221, 228, 229, 231 et 408 du nouveau Code d'instruction criminelle...;

» Considérant que la prescription, en anéantissant l'action publique qui devait naître d'un fait criminel, anéantit aussi la peine que la loi attachait à ce fait;

» Que, d'après l'art. 1er. du Code pénal ci-dessus transcrit, un fait en faveur duquel la prescription est acquise, n'est donc plus un fait qualifié crime par la loi;

» Que, d'après l'art. 231 du Code d'instruction criminelle, et les art. 221, 228 et 229 qui le précèdent, les cours d'appel ne peuvent prononcer des mises en accusation, et conséquemment ordonner des informations nouvelles à cet effet, que dans le cas d'un fait *qualifié crime par la loi*; que, hors de ce cas, l'arrêt de mise en accusation qu'elles peuvent rendre, et les informations qu'elles peuvent ordonner dans le but de cette mise en accusation, constitue une violation des règles de leur compétence;

» Que, dans l'espèce, il y avait eu en 1808,

contre Guillaume-Michel Roger, plainte en banqueroute frauduleuse; que, sur cette plainte et les informations dont elle a été suivie, il y avait eu réquisitoire du magistrat de sûreté, aux fins de la traduction du prévenu devant un jury spécial d'accusation; que, sur ce réquisitoire, il avait été rendu, par le directeur du jury, une ordonnance qui avait déclaré que le crime de banqueroute qui était l'objet de la plainte, était prescrit, et qu'en conséquence il n'y avait pas lieu à suivre;

» Que, sur ce conflit ainsi formé entre le magistrat de sûreté et le directeur du jury, le tribunal de première instance de Rouen, qui en fut saisi en exécution de l'art. 16 de la loi du 7 pluviôse an 9, rendit un jugement qui approuva et confirma l'ordonnance du directeur du jury;

» Que ce jugement ne fut point attaqué par le ministère public devant la cour de justice criminelle, ainsi qu'il pouvait l'être d'après les art. 17, 18 et 19 de la même loi du 7 pluviose an 9; qu'après l'expiration du délai de l'appel, il avait donc acquis l'autorité de la chose jugée;

» Que ce jugement n'avait pas statué sur une question relative à l'état des charges lorsqu'il avait été rendu, et conséquemment sur une question dont la décision pût être modifiée d'après les nouvelles preuves qui auraient pu être découvertes;

» Que ledit jugement avait prononcé sur une exception péremptoire, indépendante des charges produites et de celles qui pourraient l'être postérieurement, sur une exception qui anéantissait tout droit de poursuite contre le fait de la plainte, et lui ôtait conséquemment la qualification de crime;

» Qu'il ne pouvait donc y avoir lieu à nouvelles poursuites sous ce fait sur le prétexte de nouvelles charges; qu'il ne pouvait pas non plus en être fait sur une nouvelle plainte rendue par des créanciers étrangers à la première plainte de 1808; qu'en effet, les parties civiles ne peuvent agir au criminel qu'accessoirement à l'action publique; que l'action publique étant éteinte en faveur de Roger, sur le fait de banqueroute qui avait été le sujet de la plainte de 1808, aucune partie civile ne pouvait être reçue à reproduire ce même fait, pour en faire la matière d'une poursuite au criminel;

» Que l'arrêt de la cour de Rouen qui, sur la plainte rendue le 19 novembre 1811, par Hendron, Vimard et Barray le jeune, sur le même fait de la plainte de 1808, a jugé de nouveau la question de prescription, l'a déclarée non acquise, a annulé l'ordonnance de *il n'y a lieu à suivre*, rendue par la chambre d'instruction, a ordonné que Roger resterait provisoirement en état d'arrestation comme prévenu de banqueroute frauduleuse, et qu'il serait informé contre lui sur les faits de la plainte du 19 novembre 1811, a donc tout à la fois violé la chose irrévocablement jugée, et contrevenu aux règles de compétence établies par la loi;

» La cour casse et annulle... ».

XV. Un particulier signe à la fois une obligation causée pour argent prêté, et un écrit par lequel il reconnaît que cette obligation a pour véritable cause des vols dont il s'est rendu coupable. Il rend, contre celui au profit duquel il a signé cette obligation et cet écrit, une plainte par laquelle il l'accuse de les lui avoir extorqués par violence. Sur cette plainte, le créancier prétendu est mis en accusation. Le jury le déclare non coupable. Le signataire des deux actes est ensuite poursuivi correctionnellement par le ministère public, comme coupable de vols. Jugement et arrêt qui, sans que le prétendu créancier se soit rendu partie civile, acquittent le prévenu, sur le double fondement que les vols ne sont pas prouvés, qu'au contraire il est prouvé qu'ils n'ont pas eu lieu, et que l'écrit par lequel il en a fait l'aveu, lui a été surpris par de mauvaises voies. Fort de ce jugement et de cet arrêt, le signataire des deux actes en demande la nullité devant les juges civils. Le prétendu créancier est-il fondé à lui opposer 1°. que les deux actes ont été implicitement jugés valables par la déclaration du jury; 2°. que le jugement et l'arrêt correctionnels n'ont pas contre lui l'autorité de la chose jugée; 3°. que l'écrit par lequel les vols ont été avoués, doit l'emporter, devant les juges civils, sur le jugement et l'arrêt correctionnels?

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée.

Le 9 juillet 1810, le sieur Charret, médecin à Bourges, signe, au profit du sieur Félix Tourangin, marchand en la même ville, plusieurs billets à ordre, montant ensemble à 24.000 francs et causés *valeur reçue comptant*.

Au même instant, il signe et remet au sieur Tourangin, un écrit par lequel il reconnaît que la véritable cause de ces billets est la réparation de vols qu'il a faits à celui-ci.

Au même instant encore, survient un notaire devant lequel le sieur Charret souscrit un acte par lequel il reconnaît que le sieur

Tourangin lui a prêté une somme de 24,000 francs, s'oblige de la lui rembourser en quatre termes de six mois chacun, et affecte à son obligation un immeuble qu'il désigne spécialement.

Le 17 du même mois, le magistrat de sûreté rend, contre le sieur Charret, une plainte par laquelle, d'après la rumeur publique, il l'accuse de vols commis au préjudice du sieur Tourangin. Cette plainte est suivie d'une information.

Le 30 août suivant, le sieur Charret rend, contre le sieur Felix Tourangin, contre le sieur Auguste Tourangin, son frère, et contre d'autres particuliers, une plainte en violences et voies de fait qu'il prétend avoir été exercées contre lui, pour lui extorquer les billets, l'écrit et l'obligation notariée du 9 juillet. Il y détaille ces violences et voies de fait, et il conclud *à la nullité et à la remise de tous lesdits actes, comme étant sans cause légitime, et au contraire le fruit de menaces, de voies de fait et de la crainte, formant aussi une demande de 24,000 francs de dommages-intérêts.*

Le 29 avril 1811, le magistrat de sûreté dresse, contre les sieurs Tourangin et leurs co-prévenus, un acte d'accusation sur les faits compris dans la plainte du sieur Charret.

Le 1er. mai suivant, déclaration du jury, portant qu'il y a lieu à accusation.

En conséquence, le procès est porté devant la cour d'assises du département du Cher.

Le 31 du même mois, le jury de jugement déclare que « Felix Tourangin n'est pas coupable d'avoir extorqué par violence l'obligation à lui consentie par Charret, partie civile, par acte reçu par Achet, notaire à Bourges, le 9 juillet 1810 », et que ses co-accusés ne sont pas coupables des faits de complicité qui leur sont imputés respectivement.

Sur cette déclaration, ordonnance du président qui acquitte les accusés, et arrêt qui condamne Charret aux dépens, déclare ses mémoires calomnieux, donne acte aux accusés de leur renonciation à toute demande en dommages-intérêts, ordonne que l'arrêt sera imprimé et affiché à cinq cents exemplaires, aux frais de Charret.

Les choses en cet état, le ministère public reprend les erremens de la plainte en vols qu'il a rendue contre le sieur Charret, le 17 juillet 1810.

Le 3 août 1811, jugement du tribunal correctionnel de Bourges, ainsi conçu :

« 1°. Est il prouvé qu'il ait été commis des vols chez Felix Tourangin?

» 2°. En les supposant établis, est-il prouvé que Charret en soit l'auteur?

» Considérant que, d'après l'instruction, le sieur Charret est prévenu de plusieurs vols, les uns antérieurs au mois de juillet 1810, les autres annoncés faits dans ce même mois de juillet :

» Considérant, quant aux premiers, que deux des témoins entendus, alors facteurs du sieur Tourangin, et dont un demeure encore chez lui, parlent bien de galons de fil, de dentelles, de louis qu'ils disent avoir disparu de chez le sieur Tourangin ; mais que ni l'un ni l'autre n'a dit que ces objets eussent été volés par le prévenu ; qu'ils ont seulement dit le présumer et les lui attribuer depuis que le sieur Charret a été accusé d'avoir fait des vols chez le sieur Felix Tourangin ; qu'il est même invraisemblable que le sieur Charret ait pu dérober la grande quantité de galons de fil que les témoins ont dit avoir disparu à la fois ; qu'ils ne paraissent pas avoir cru à ces vols, puisqu'étant facteurs et responsables au moins de surveillance, ils n'ont prévenu le sieur Tourangin ni des uns ni des autres ; que le sieur Tourangin ne paraît pas avoir lui même cru à ces vols, puisque, d'après la déposition du sieur Buchon, il repoussa, avec une sorte d'indignation, l'avis que celui-ci lui donna des bruits qui circulaient, avant le premier juillet 1810, sur des infidélités reprochées au prévenu ; puis encore que, dans son interrogatoire du 25 février 1811, il déclare *que son dernier inventaire lui ayant présenté un déficit de trente mille francs sur les bénéfices qu'il devait attendre, il en chercha les causes, sans pouvoir l'attribuer au vol; qu'il crut ne pouvoir l'attribuer qu'à son commerce de gros qui, depuis deux ans, était devenu plus difficile ;*

» Considérant, quant aux vols que le sieur Charret est prévenu d'avoir commis dans le mois de juillet 1810, que de l'instruction semblent résulter plusieurs preuves du délit, et que le prévenu en est l'auteur : 1°. les épreuves faites chez le sieur Felix Tourangin, les 2, 3, 4, 5 et 9 juillet 1810 ; 2°. les aveux imputés au prévenu ; 3°. son écrit du 9 juillet ; 4°. son silence et ses démarches pendant le temps qui s'est écoulé entre le 9 juillet et le moment de son départ de cette ville ;

» Qu'il faut distinguer les épreuves des 2, 3, 4 et 5 juillet de celle du 9 : que, quant aux premières, les sieurs Félix et Auguste Tourangin sont les seuls qui en déposent ; que les autres témoins n'en parlent que d'après ce qu'ils en ont appris des sieurs Felix et Auguste Tourangin ; et que ces deux témoins ont

été valablement reprochés; que leurs dépositions même ne prouveraient pas qu'il eût été commis des vols chez eux les 2, 3, 4 et 5 juillet, et que le prévenu en fut l'auteur; qu'en effet, ils ne disent pas avoir vu commettre des vols chez eux, et qu'ils l'aient été par le prévenu; mais qu'ils l'assurent seulement par induction; qu'ils tirent cette induction de ce qu'ayant placé dans leurs comptoirs et sur la cheminée de leur chambre, de l'argent compté, pour éprouver la fidélité du prévenu, contre lequel on leur avait donné des préventions, ils ont trouvé du déficit lors des vérifications faites par eux seuls après le départ du prévenu; mais que le déficit regardé comme constant, on ne pourrait pas être certain qu'il fût l'effet d'un vol, et que le prévenu en fut l'auteur, puisque, d'une part, la boutique et les magasins du sieur Tourangin étant ouverts à tout le monde, on ne pourrait pas être certain que nul autre que le prévenu n'aurait dérobé les sommes trouvées en déficit; et que, de l'autre, les sieurs Félix et Auguste Tourangin ayant déclaré qu'ils n'avaient mis personne de leur maison dans la confidence, il serait possible que, pour le cours du commerce et pour le mouvement de la boutique, quelques personnes de la maison eussent touché aux sommes déposées pour les épreuves, sans qu'elles se le rappelassent; que, quant au fait porté au 4 juillet, le sieur Auguste Tourangin, qui en parle seul, dit *que le prévenu étant venu, sur les six heures, lui proposer d'aller ensemble au spectacle, il le laissa seul pendant qu'il monta changer d'habits; que le prévenu saisit cette occasion, pour prendre une somme de 30 livres sur celle de 300 livres que lui Auguste avait comptée à dessein, et mise dans le comptoir laissé entre-ouvert; qu'encore bien qu'il fît beaucoup de bruit dans la cour, pour lui donner le temps de se retirer, lui Auguste, qui avait entendu le son de l'argent, le vit encore penché sur le comptoir, et tendant la main dans le comptoir, où était l'argent*; mais que cette déposition ne prouve pas la culpabilité du prévenu; qu'en effet, on ne voit pas en quel temps le sieur Auguste Tourangin, qui ne paraissait pas attendre le prévenu, a pu compter et déposer de l'argent destiné à cette épreuve; que l'on n'aperçoit pas non plus dans cette déposition, comment le sieur Auguste Tourangin, qui aurait voulu éprouver le prévenu, et qui aurait réussi à le prendre sur le fait, aurait pu, au lieu de le surprendre, faire, comme il le dit, du bruit pour l'empêcher d'être surpris, ni comment, s'il a été retenu, parcequ'il était seul, il a pu se taire, et ne pas lui faire du moins apercevoir qu'il venait d'acquérir la preuve de son infidélité; qu'ainsi, on doit présumer que le sieur Auguste Tourangin n'était pas lui même très certain du fait dont il parle; que l'on peut penser que les sieurs Félix et Auguste Tourangin n'étaient pas eux-mêmes convaincus de l'infidélité du prévenu, par les épreuves des 2, 3 et 4 juillet; qu'en effet, ayant, suivant la déclaration du sieur Félix, reçu antérieurement des avis qui leur rendaient le prévenu suspect, et ayant dû, s'ils acquéraient des preuves contre lui, concevoir encore plus d'indignation contre le prévenu, qui, à l'infidélité, aurait ajouté l'abus de confiance, il doit paraître extraordinaire qu'ils aient pu y résister, continuer leurs épreuves jusqu'au nombre de quatre, ne s'en pas contenter encore et vouloir les répéter, au lieu de le saisir dès la première ou seconde épreuve établie, ou l'expulser de chez eux, ou le poursuivre en réparation des torts qu'ils auraient été certains qu'il leur aurait causés;

» Qu'ainsi, on doit conclure qu'il n'est pas prouvé que le prévenu se soit rendu coupable de vols les 2, 3, 4 et 5 juillet chez le sieur Tourangin;

» En ce qui concerne le vol qu'il est accusé d'avoir fait le 9 du même mois, qu'aucun des témoins entendus ne dépose avoir vu le prévenu commettre ce vol; que leur silence sur ce point est d'autant plus remarquable, que, d'après l'instruction, on s'était assuré que le prévenu viendrait le 9 chez le sieur Félix Tourangin; que ce jour avait été choisi pour une dernière épreuve; qu'à cet effet, plusieurs personnes s'étaient concertées; que plusieurs surveillaient, et que même quelqu'un était placé de manière que, sans être aperçu du prévenu, il l'aurait vu, s'il eût porté la main dans le vase déposé sur la cheminée, dans lequel était l'argent destiné à l'épreuve; qu'ainsi, on doit déjà conclure que cette épreuve n'a pas fourni de preuve de vol fait par le prévenu; qu'on trouve encore moins cette preuve, si on remarque que, dans la matinée de ce jour, 9 juillet, le prévenu est bien entré deux fois chez le sieur Félix Tourangin, mais qu'on ne peut apercevoir l'instant où il s'y serait trouvé seul; qu'en effet, d'après l'instruction, il s'est trouvé, lors de la première entrée, soit avec la demoiselle Hortense, fille de boutique, soit avec le sieur Bousique, facteur, qui l'a consulté sur sa santé, soit avec la domestique, à qui il a donné des ordres relatifs aux enfans du sieur Félix Tourangin, et qui lui a servi à déjeûner, soit avec le sieur Molliet, qui est arrivé

pendant qu'il déjeûnait, et qui dit avoir bu un coup et trinqué avec lui; que la seconde fois, il est revenu avec le sieur Félix; qu'il y avait alors dans les boutique et magasin, outre les personnes de la maison, deux autres personnes qui, d'après leur propre déclaration, s'occupaient de surveiller le prévenu, et de le saisir sur le fait, s'il eût commis un vol; que, d'après ces circonstances, et même de cela seul qu'on a laissé le prévenu sortir librement sans lui faire la plus légère observation, on doit conclure que ceux qui le surveillaient, ne se sont pas assurés du vol prétendu fait le 9; qu'ainsi, jusque-là, le corps du délit n'est point prouvé; que, d'après les dépositions de quelques-uns des témoins, le prévenu a été trouvé dans la maison où on l'a conduit, nanti d'écus marqués de la même manière que ceux qui avaient été préparés pour l'épreuve; mais que le prévenu a observé 1°. que, suivant les dépositions, il y aurait eu sur l'argent placé dans l'écuelle, un déficit de 67 francs, et qu'on a dit qu'il n'a été trouvé sur lui que 30 ou 33 francs; 2°. qu'il eût cependant dû être nanti de tout ce qu'il aurait pris, puisque, suivi presque aussitôt sa sortie de chez le sieur Félix Tourangin, il n'aurait pu se dessaisir de ce qu'il aurait pris, étant prouvé qu'il n'est entré que chez le sieur Buchon, où il n'a rien payé, et qu'il était à peine arrivé chez lui, et occupé à s'entretenir dans sa cour avec un particulier, lorsqu'on vint l'avertir, et qu'il se rendit chez le sieur Grandcour; 3°. que, si on veut supposer qu'il aurait eu l'intention de se dessaisir de l'argent dérobé, il n'eût pas manqué de quitter le tout; 4°. que la vérification et comparaison des pièces trouvées sur le prévenu, avec des pièces destinées à l'épreuve, attestée par ceux qui l'ont faite, ne l'a pas été dans le même moment où l'argent trouvé sur le prévenu, a été déposé sur la cheminée; qu'elle n'a pas été faite avec des écus représentés à l'instant, mais avec des écus que le sieur Remi Tourangin est allé chercher chez Félix, après que l'argent trouvé sur le prévenu a été placé sur la cheminée, et examiné par deux des témoins; 5°. que, suivant la déclaration d'Auguste, qui a fait seul la vérification de l'argent qui avait été destiné à l'épreuve, que seul aussi il avait placé sur la cheminée de la chambre, il a été dérobé 67 francs, composés de neuf écus de six livres, deux écus de cinq francs et d'un écu de trois livres, et qu'on n'a trouvé sur le prévenu que 30 ou 33 francs qui étaient composés de deux écus de six livres, de deux ou quatre petits écus de trois livres, quand il n'en manquait qu'un seul, d'après la vérification, et quatre pièces de trente sols, quand il n'en manquait point, d'après cette même vérification; et qu'on n'a point trouvé d'écus de cinq francs, quoique, suivant la même vérification, il en manquait deux; qu'ainsi, il n'y a identité ni d'espèces, ni de sommes entre celles annoncées en déficit et celle trouvée sur le prévenu; qu'ainsi, les vérifications et comparaisons ne prouvent pas encore le corps du délit imputé au prévenu;

» Que, quant aux aveux imputés au prévenu, les aveux d'un prévenu, toujours insuffisans pour motiver seuls sa condamnation, lorsque le corps du délit n'est pas prouvé, opèrent encore moins la conviction, *lorsqu'on ne peut pas les regarder comme libres et volontaires*; que, dans l'espèce, il a été jugé, par l'arrêt rendu sur la plainte du prévenu, qu'il n'a pas été exercé envers lui de violences que réprime la loi; mais qu'on ne peut pas croire que le prévenu eût sa pleine liberté d'esprit, quand il est prouvé qu'affaibli par la maladie, n'ayant pris que peu d'alimens chez le sieur Félix, et dans une séance de plusieurs heures, après avoir souscrit des billets montant à 24,000 francs, qui, d'après l'instruction, avaient pour cause unique la réparation des vols qu'on lui reprochait d'avoir faits chez le sieur Félix Tourangin, il a encore copié un écrit, dont le modèle lui avait été fourni, par lequel il reconnaissait qu'il s'était rendu coupable de vols; qu'on ne peut pas croire que ce soit avec une entière liberté d'esprit qu'il ait signé un acte qui devait répandre le déshonneur sur lui et sur sa famille : ce qu'il eût d'autant moins fait, s'il eût eu le libre exercice de ses facultés, que ce qui vient d'être dit et établi, prouve qu'il n'avait pas à craindre d'être convaincu des vols qu'on lui reprochait;

» Que le silence gardé par le prévenu, sa conduite et ses démarches depuis son écrit jusqu'à son départ de Bourges, opèrent bien une prévention contre lui, mais qu'on en est moins frappé, quand on considère la position dans laquelle il devait être après la journée du 9 juillet, lors même qu'oubliant les engagemens qu'il avait contractés, il n'aurait été poursuivi que par le souvenir de l'écrit qui existait contre lui; que cette prévention perd surtout de sa force devant cette vérité, que le corps du délit n'est pas établi;

» Que, quant aux préventions qui auraient pu résulter des reproches faits au prévenu, à raison des faits antérieurs et étrangers à la plainte, les torts qu'un prévenu a

pu avoir, et même les délits qu'il a pu commettre antérieurement, ne peuvent établir la preuve d'un nouveau délit qu'on lui impute; que, soit que le prevenu ait ou non détruit les reproches basés sur des faits étrangers à la plainte, le tribunal, qui n'est saisi par cette plainte que de la connaissance des vols y énoncés, ne peut se déterminer que d'après une preuve de ces vols, et qu'il est reconnu qu'il n'en existe pas;

» Le tribunal renvoie le prévenu de la plainte contre lui rendue ».

Le procurenr général de la cour de Bourges appelle de ce jugement.

Le 21 novembre de la même année, arrêt par lequel la cour,

« Considerant que, quant aux vols antérieurs au mois de juillet 1810, il n'existe pas de preuves que Charret en soit l'auteur, à moins qu'on ne veuille appeler ainsi des inductions *forcées*, des présomptions *vagues et incertaines ;*

» Quo, quant à ceux prétendus faits les 2, 3, 4 et 5 juillet, l'instruction n'offre, pour garantie de la réalité de ces vols, que les assertions des deux frères Tourangin, témoins intéressés et justement reprochés, qui d'ailleurs ne declaraient pas avoir vu Charret commettre ceux des 2, 3 et 5 juillet; que, sur celui du 4, Auguste Tourangin seul s'expliquait; mais que son récit suffisait pour lui enlever toute confiance; qu'il répugne en effet à croire que celui qui surveille un homme contre lequel on lui a inspiré des préventions d'improbité, entendant le son de l'argent que lui derobe cet homme dans son tiroir, se borne à faire du bruit dans sa cour pour lui ménager les moyens de se retirer; et que, malgré cet avertissement trop généreux, le trouvant encore, lorsqu'il rentre dans son magasin, penché sur le comptoir, la main encore dans le tiroir, le laisse sortir paisiblement sans le saisir à l'instant, sans appeler du secours pour le livrer à la justice, ou au moins sans l'expulser honteusement de sa maison, trop convaincu de son infidélité et de son abus de confiance, et qu'il lui promette d'aller le rejoindre au spectacle, *quoiqu'il soit vérifié que, ce jour-là, 4 juillet, il n'y avait point de spectacle ;*

» En ce qui concerne le vol imputé à Charret, le 9 juillet, 1°. qu'aucun témoin n'a vu Charret porter la main dans le vase placé sur la cheminée de la chambre de Tourangin, et où était l'argent marqué, destiné à l'épreuve qu'on se proposait di faire; que cependant un ami de la maison Tourangin avait été aposté tout exprès pour surveiller Charret dans cette chambre, sans en être aperçu, et qu'il a declaré très positivement ne lui avoir rien vu prendre; 2°. que Charret n'a point été trouvé nanti des 67 francs, déficit annoncé existant sur l'argent marqué placé dans le vase; et qu'il est demontré par l'instruction, que les moyens de se dessaisir de cette somme, s'il l'eût derobée, ou de partie de cette somme, depuis sa sortie de la maison Tourangin jusqu'à son entrée dans celle Grandcour, *lui ont échappé;* que, de l'aveu des témoins, Charret n'avait sur lui que 30 ou 33 livres, lorsqu'il s'est fouillé dans la maison Grandcour, ou, ce qui est plus vrai, lorsqu'on l'a fouillé, et non pas 67 francs; 3°. que, de ces 30 ou 33 livres dont s'*est emparé* Felix Tourangin, comme il l'a déclaré, deux écus de six livres portaient, dit-on, la même marque que celle apposée sur les pièces déposées dans le vase, mais que ces deux écus de six livres, qui auraient dû être si soigneusement conservés, après avoir pris, en presence de Charret, les précautions nécessaires pour empêcher toute substitution, n'ont point été représentés à la justice qui n'a pu et ne peut en comprendre la marque, en faire la verification avec celle des pièces de Tourangin; que des pièces de comparaison ont bien été produites par Tourangin, mais point du tout des pièces de conviction;

» Que, quant aux aveux imputés à Charret, aux billets par lui souscrits, à la déclaration infamante qu'il a signée, il suffit, pour les apprecier, de se rappeler qu'*insidieusement entraîné*, ce jour-là, dans une maison étrangère, il y a été retenu depuis midi jusqu'à huit ou neuf heures du soir, et qu'il était dans un état de debilité et d'anéantissement tel que, comme l'avait dit un témoin, lorsqu'il eut repris ses sens, on lui fit prendre deux verres d'eau-de-vie, ce qui annonce assez qu'il ne jouissait pas d'une pleine et entière liberté d'esprit;

» Met l'appellation au néant, ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet ».

Le 13 février 1812, le sieur Charret obt[illegible] au tribunal civil de Bourges, un juger[illegible]ent, defaut, qui, [illegible]ent par

« Déclare nulle, comme étant sans cause, l'obligation souscrite par Charret le 9 juillet 1810, au profit de Felix Tourangin; en conséquence, ordonne que l'inscription prise, le 10, au bureau des hypothèques, en vertu de ladite obligation, sera radiée de tous registres où elle aurait pu être portée, à quoi faire le conservateur sera contraint, quoi faisant, déchargé;

» Condamne Félix Tourangin à remettre à Charret les 18 francs sortis de la poche de

Charret le 9 juillet 1810, et qui ne lui ont pas été rendus;

» Déboute Charret des conclusions par lui prises, à fin de remise de l'écrit par lui souscrit le même jour 9 juillet, énonciatif de causes des billets par lui consentis au profit de Tourangin;

» Ordonne que les imprimés signés Félix Tourangin...., seront et demeureront supprimés, comme injurieux à Charret et à une personne de sa famille; condamne le défaillant aux dommages intérêts de Charret, à donner par déclaration; autorise Charret à faire imprimer et afficher le présent jugement aux frais de Félix Tourangin, au nombre de cent exemplaires, et condamne le défaillant aux dépens ».

Le sieur Félix Tourangin appelle de ce jugement à la cour de Bourges.

Le sieur Charret en appelle aussi, quant au chef qui lui refuse la remise de son écrit du 9 juillet 1810, et quant à celui qui limite à cent exemplaires l'impression et l'affiche du jugement.

Par arrêt du 27 juillet de la même année,

« La cour, après en avoir délibéré en la chambre du conseil, a reconnu que la cause présente à juger les questions de savoir.....: 2° si Charret est recevable dans son action; 3° si l'obligation de 24.000 francs du 9 juillet 1810, a une cause; 4° si les billets et l'écrit signé le même jour par Charret, doivent lui être remis; 5°. si Tourangin doit rendre les 18 francs réclamés par Charret; 6° si les mémoires publiés par Tourangin, doivent être supprimés; 7° s'il est dû des dommages-intérêts; 8° si l'arrêt doit être imprimé et affiché, et en quel nombre d'exemplaires...;

» Considérant, sur la seconde question, que la fin de non-recevoir est prise de ce que l'arrêt rendu par la cour d'assises, le 31 mai 1811, aurait jugé la validité de l'obligation du 8 juillet; qu'à la vérité, la plainte rendue par Charret, le 30 août 1810, présentait cette obligation comme arrachée par la violence et au surplus sans cause; mais que la déclaration du jury d'accusation et l'acte d'accusation lui-même *portaient seulement sur la violence alléguée pour obtenir cette obligation*; que la déclaration du jury de jugement et l'arrêt n'ont jugé autre chose, sinon *qu'elle n'avait point été arrachée par la violence*, qu'ainsi, la question de savoir si elle a ou non une cause, est restée entière;

» Considérant, sur la troisième question, que l'obligation est dite pour prêt de pareille somme; que, de l'aveu de Tourangin, il n'a jamais rien prêté, et que les billets de 24,000 francs, l'écrit de Charret portant qu'ils sont pour réparation de vols par lui commis chez Tourangin, et enfin l'obligation du même jour 9 juillet ne font qu'un; qu'ainsi, cette obligation n'a d'autre cause que la réparation des vols allégués par Tourangin; mais que ces prétendus vols ont été l'objet d'une plainte rendue par le ministère public; que, par jugement et arrêt des 3 août et 21 novembre 1811, Charret a été acquitté, et qu'il résulte éminemment, des motifs y énoncés 1° que personne n'a vu Charret prendre; 2° que les frères Tourangin ne sont pas même d'accord sur la quantité d'argent exposé pour tenter Charret; 3° que Félix Tourangin n'a pu fixer le résultat des différens vols allégués par lui, en sorte qu'il n'y a pas même de corps de délit établi; qu'en la cour, Tourangin n'a point allégué de faits nouveaux; qu'ainsi, n'y ayant, aux termes des arrêts, ni vol ni escroquerie, l'obligation du 9 juillet est évidemment sans cause, et dès lors nulle aux termes de droit;

» Considérant, sur la quatrième question, qu'aucun arrêt des cours d'assises et correctionnelle n'a défendu de remettre à Charret l'écrit du 9 juillet, et qu'il est impossible de laisser subsister contre lui ce monument d'infamie, lorsque, aux termes des arrêts, il n'y a ni vol ni escroquerie; qu'il en est de même des billets, puisqu'ils ne font qu'un avec l'obligation;

» Considérant, sur la cinquième question, que, suivant Félix Tourangin, Charret avait sur lui 30 ou 33 francs *quand il fut fouillé*; que, suivant Charret, il avait seulement 18 francs; qu'au point où la cause en est aujourd'hui, cette difficulté est indifférente mais qu'il est avoué que l'argent trouvé sur Charret ne lui a pas été remis, et que Félix Tourangin n'a désormais aucun motif pour le garder;

» Considérant, sur la sixième question, que, pendant l'instruction criminelle, il a été imprimé de part et d'autre des mémoires outrageans; mais que le droit de punir appartenant aux juges saisis du procès, la cour ne peut s'occuper que des écrits publiés pendant et à l'occasion des procédures civiles, tel que celui imprimé sans nom d'auteur, mais qui précède la consultation obtenue par Félix Tourangin, et se trouve dans le même cahier; qu'il est impossible de rien ajouter aux outrages et à la diffamation qui en résultent;

» Considérant, sur la septième question, que les dommages intérêts sont l'indemnité des pertes qu'on éprouve; que l'état d'un médecin reposant sur la confiance publique, celui de Charret a nécessairement reçu les plus cruelles atteintes, outre les voyages, les dépenses de

tout genre auxquelles il a été obligé pour se procurer les pièces qui pouvaient servir à sa justification, et que les actes du 9 juillet 1810 en sont la première ou plutot l'unique cause; qu'en vain on oppose, comme un moyen de compensation, la remise que Félix Tourangin et ses co-accusés ont faite de leurs dommages-intérêts, lorsque, après six semaines de prison, ils ont été acquittés par la cour d'assises de l'accusation de violence intentée contre eux par Charret; qu'il est bien certain qu'ils en eussent obtenu alors; mais que la remise qu'ils en ont faite, si elle peut être un exemple à suivre par Charret, ne lui en fait pas une loi; qu'au surplus, tout ce qui a été dit ou fait aux assises, et sur la plainte du ministère pnblic, étant hors des attribntions de la cour, les dommages-intérêts doivent se borner aux effets qu'a pu produire le système de diffamation qui a été suivi devant la cour, et aux pertes qui en résultent;

» Considérant, sur la huitième et dernière question, que la diffamation a été publique; que l'arrêt de la cour d'assises a été imprimé au nombre de cinq cents exemplaires, et qu'il n'y a pas de motifs pour refuser ici une égale publicité...;

» La Cour, procédant au jugement des appels interjetés par les parties, sans avoir égard à la fin de non-recevoir opposée par Félix Tourangin, dit qu'il a été bien jugé par le jugement de première instance, aux chefs qui déclarent l'obligation nulle; condamne Félix Tourangin à remettre les 18 francs, en ses dommages-intérêts, et ordonne l'impression du jugement; mal jugé dans les autres dispositions, et reprenant les conclusions des parties, déclare nulle, *à défaut de cause*, l'obligation consentie par Charret au profit de Félix Tourangin, devant Acbet, notaire à Bourges, le 9 juillet 1810; condamne Félix Tourangin à la remettre, sinon que le présent arrêt tiendra lieu de ladite remise; ordonne que l'inscription prise en exécution dudit acte, sera rayée; déclare pareillement nulle la déclaration souscrite le même jour par Charret, et l'autorise à la retirer de tout dépôt où elle peut se trouver, à quoi faire tous dépositaires, contraints, quoi faisant déchargés; ordonne que le mémoire à consulter, publié dans le cours de l'instance civile..., sera supprimé, comme injurieux à Charret; fait défenses à Félix Tourangin d'en imprimer de semblables; le condamne à rendre audit Charret les 18 francs *sortis de sa poche* le 9 juillet 1810, et en ses dommages-intérêts à donner par déclaration; autorise Charret à faire imprimer et afficher le présent arrêt partout où il le jugera convenable au nombre de cinq cents exemplaires, aux frais de Félix Tourangin; condamne ce dernier aux dépens... ».

Le sieur Félix Touraugin se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Six moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 17 mars 1813) vous sont proposés dans cette affaire. et le premier tend à établir que la cour de Bourges, en déclarant nulle, pour défaut de cause, l'obligation du sieur Cbarret du 9 juillet 1810, a contrevenu à l'autorité de la chose jugée; qu'en effet, le sieur Charret avait conclu, par sa plainte du 30 août de la même année, à ce que cette obligation fût annulée, *comme étant sans cause légitime, et au contraire le fruit de menaces, de voies de fait et de la crainte*; que, sur l'acte d'accusation dressé en conséquence de cette plainte, le jury avait déclaré que *Félix Tourangin* n'était *pas coupable d'avoir extorqué par violence l'obligation du 3 juillet* 1810; que, par suite, une ordonnance du président de la cour d'assises avait déclaré Félix Tourangin acquitté de l'accusation portée contre lui; que, dès lors, il avait été jugé irrévocablement que l'obligation du 9 juillet 1810 était valable; et qu'ainsi, la cour de Bourges n'a pas pu en remettre la validité en question.

» A ce raisonnement nous n'opposerons qu'un seul texte du Code civil, mais il est clair, il est décisif contre le demandeur: *l'autorité de la chose jugée*, porte l'art. 1351 de ce Code, *n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement*.

» Quel a été l'objet de la déclaration donnée par le jury du département dn Cher, à la séance de la cour d'assises du 31 mai 1811? Quel a été l'objet de l'ordonnance rendue, à la suite de cette déclaration, par le président de la cour d'assises?

» Ce n'était pas précisément la question de savoir si l'obligation du 9 juillet 1810 était valable ou ne l'était pas; si elle avait ou si elle n'avait pas une cause légitime: c'était uniquement celle de savoir si Félix Tourangin avait ou n'avait pas extorqué cette obligation par violence au sieur Charret.

» Sans doute, si Félix Tourangin avait été déclaré convaincu d'avoir extorqué l'obligation par violence, l'obligation se serait, par-là même, trouvée sans cause et par conséquent nulle.

» Mais ce n'est pas à dire pour cela que la validité de l'obligation et l'existence de sa cause aient été, à tous égards, mises en jugement devant la cour d'assises.

» Elles n'ont été mises en jugement devant cette cour, que sous le rapport de la violence articulée d'une part et niée de l'autre; et elles n'ont pas pu l'être sous un autre rapport; car la cour d'assises n'était pas compétente pour décider si, abstraction faite de la violence reprochée à l'obligation, l'obligation avait ou n'avait pas une juste cause; elle n'était compétente que pour juger, elle n'était même appelée par l'acte d'accusation qu'à juger, s'il y avait crime de violence de la part de Félix Tourangin; et en jugeant que non, elle n'a pas pu juger autre chose que ce qu'elle avait à juger, que ce qu'elle pouvait juger.

» Et vainement le demandeur oppose-t-il que le sieur Charret avait conclu, par sa plainte, à ce que l'obligation fût déclarée, non-seulement être le fruit de la violence, mais encore être sans cause: et que sa plainte a été rejetée dans tous ses points.

» La plainte du sieur Charret n'a été rejetée expressément, ni par la déclaration du jury, ni par l'ordonnance du président de la cour d'assises; elle n'a été rejetée par l'une et l'autre que d'une manière implicite: elle ne l'a été, ou, pour parler plus exactement, elle est censée ne l'avoir été, que par conséquence du rejet de l'acte d'accusation dressé contre Félix Tourangin; et il est clair que le rejet implicite qui, par-là, en a été prononcé, ne peut pas s'appliquer à d'autres objets que ceux sur lesquels portait l'acte d'accusation. Or, l'acte d'accusation sur quoi portait-il? Sur la violence, uniquement sur la violence prétendue employée par Félix Tourangin et ses co-prévenus, pour *extorquer* au sieur Charret *des actes obligatoires*.

» Il faut donc toujours en revenir à notre première proposition, que le jury et la cour d'assises n'ont eu à s'occuper du défaut de cause de l'obligation du 9 juillet 1810, qu'autant que ce défaut de cause était articulé provenir d'un crime de violence commis par Félix Tourangin; et par conséquent que ni la déclaration du jury ni l'ordonnance du président n'out pu former obstacle à ce que l'obligation du 9 juillet 1810 fût attaquée, comme dénuée de cause, par d'autres moyens que le crime de violence imputé à Félix Tourangin et à ses co-accusés.

» Par là tombe encore une autre objection du demandeur.

» D'après l'art. 1351 du Code civil, dit le demandeur, il y a exception de chose jugée, *lorsque la chose demandée est la même, que la demande est fondée sur la même cause; et que la demande est entre les mêmes parties*. Or, 1°. ce que vous avez demandé devant la cour d'appel, vous l'aviez déjà demandé par votre plainte, dans le procès criminel; car, par votre plainte, vous aviez demandé que l'obligation du 9 juillet 1810 fût déclarée nulle: et vous l'avez encore demandé devant la cour d'appel. 2°. La demande que vous aviez formée par votre plainte, était fondée sur le défaut de cause de l'obligation; et c'est encore sur le même fondement que, devant la cour d'appel, vous avez renouvelé la même demande. 3°. La demande que vous avez formée devant la cour d'appel, c'est contre moi que vous l'avez formée: et c'était aussi contre moi que vous l'aviez formée dans le procès criminel. Du reste, il importe peu que, devant la cour d'assises, vous n'ayez allégué, à l'appui de votre demande, que le prétendu crime de violence dont vous m'accusiez; car « il est de principe qu'une question jugée sur un moyen, ne peut pas être jugée de nouveau, sous le prétexte que le moyen sur lequel la nouvelle demande est appuyée, n'a point été soumis à la justice.

» Toute cette argumentation ne repose que sur des assertions en partie vraies et en partie fausses.

» Il est vrai qu'il y a, entre le procès porté à la cour d'assises et l'affaire portée à la cour d'appel, identité de parties et de chose demandée.

» Mais il est faux que, devant la cour d'appel, la demande en nullité de l'obligation du 9 juillet 1810, ait été fondée sur la même cause qui l'avait motivée devant la cour d'assises.

» Devant la cour d'assises, la demande en nullité de l'obligation du 9 juillet 1810 n'était fondée que sur le crime de violence reproché à Félix Tourangin.

» Devant la cour d'appel, cette même demande était fondée sur l'inexistence des vols qu'un acte souscrit par le sieur Charret et dont se prévalait Félix Tourangin, assignait pour cause à l'obligation.

» Il n'y avait donc pas, entre les causes des deux demandes, la même identité qu'entre la chose demandée et les parties. Le rejet implicitement prononcé par la cour d'assises, de la première demande, ne pouvait donc pas encore former, devant la cour d'appel, une exception de chose jugée.

» Sans doute, si la cour d'assises avait été et avait pu être saisie de la connaissance du moyen résultant de l'inexistence du vol, et qu'elle eût rejeté indéfiniment la demande en nullité de l'obligation, le sieur Charret aurait à s'imputer de n'avoir pas employé ce moyen devant elle; et il se serait rendu, en ne l'em-

ployant pas devant elle, non-recevable à le faire valoir devant la cour d'appel.

» Mais nous l'avons déjà dit, ce moyen était hors de la compétence de la cour d'assises : la cour d'assises n'en avait pas été saisie et n'avait pas pu l'être : elle n'avait conséquemment pas pu le juger; elle n'avait conséquemment pas pu le rejeter.

» La première ouverture de cassation du demandeur n'a donc pas l'ombre de fondement.

» Le demandeur fait résulter la seconde du texte même que nous venons d'opposer à la première. Suivant l'art. 1351 du Code civil, dit-il, l'exception de chose jugée ne peut avoir lieu que lorsque *la demande est entre les mêmes parties :* or, je n'étais point partie dans les jugement et arrêt correctionnels qui ont décidé que le sieur Charret n'avait point commis, à mon préjudice, les vols qui sont, comme il l'a reconnu lui-même par l'écrit du 9 juillet 1810, la véritable cause de l'obligation notariée du même jour. Ce jugement, cet arrêt n'avaient donc pas, contre moi, l'autorité de la chose jugée. La cour de Bourges n'a donc pas pu se fonder sur ce jugement, sur cet arrêt, pour déclarer que la cause de l'obligation du 9 juillet 1810 était fausse; elle a donc violé l'art. 1351 du Code civil.

» Mais, d'abord, pour juger que la cause de l'obligation du 9 juillet 1810 était fausse, pour juger que la cause de cette obligation n'était point le prétendu prêt d'une somme de 24,000 francs qui y est énoncée, la cour de Bourges n'a eu besoin ni du jugement ni de l'arrêt correctionnels : elle n'a eu besoin que de l'écrit du même jour, qui était produit par le demandeur, et dans lequel il est dit, en toutes lettres, que l'obligation a pour cause les vols commis par le sieur Charret.

» Ensuite, il est vrai que, pour juger que le sieur Charret ne s'était rendu coupable d'aucun vol envers le demandeur, il est vrai que, pour juger que l'obligation du 9 juillet 1810, non seulement avait une cause fausse, mais même n'en avait aucune, la cour d'appel s'est fondée sur le jugement et sur l'arrêt correctionnels.

» Mais de ce que le demandeur n'avait été partie, ni dans ce jugement, ni dans cet arrêt, de ce que ce jugement et cet arrêt n'avaient été rendus qu'avec le ministère public, s'ensuit-il que la cour de Bourges a violé l'art. 1351 du Code civil?

» Sans doute, elle est bien générale la disposition par laquelle l'art. 1351 du Code civil établit que, pour qu'un jugement puisse être opposé à une partie, il faut qu'il ait été rendu avec elle.

» Mais si, par sa généralité, elle est exclusive de toute exception dans les matières qui sont ou purement civiles, ou purement criminelles, il n'en est pas de même dans les matières mixtes; car il y a des jugemens civils qui peuvent être opposés au ministère public agissant pour la vindicte sociale, quoiqu'il n'y ait pas été partie; et il y a aussi des jugemens criminels qui peuvent être opposés aux particuliers, quoiqu'ils n'aient figuré, ni comme accusés ou prévenus, ni comme parties civiles, dans les procès qu'ils ont terminés.

» Ces jugemens, quels sont-ils? Quelques explications vont les faire connaître.

» Il résulte de l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1791, sur l'administration forestière, que, si le prévenu d'un délit forestier allègue, devant le tribunal correctionnel, que la forêt dans laquelle on l'accuse d'avoir délinqué, lui appartient, le tribunal correctionnel doit surseoir jusqu'à ce que le tribunal civil ait statué sur la question de propriété; et cette règle a été appliquée par plus de cent arrêts de la section criminelle, à tous les cas où, incidemment à des procès criminels ou correctionnels, il s'élève des contestations purement civiles, du sort desquels dépend la culpabilité ou l'innocence des prévenus poursuivis par le ministère public.

» Assurément le ministère public qui poursuit ces prévenus, soit par la voie criminelle, soit par la voie correctionnelle, ne va pas, après le sursis prononcé, plaider contre eux devant les tribunaux civils sur la question de savoir s'ils sont ou s'ils ne sont pas propriétaires des terrains ou des objets sur lesquels ont été faits les actes qu'il leur impute à crime ou délit : il ne le peut même pas; car il n'a, pour leur contester la propriété de ces te[rr]ains ou de ces objets, aucune espèce de qualité.

» Qu'arrive-t-il cependant, lorsque les tribunaux civils ayant déclaré que le prévenu est réellement propriétaire du terrain ou de l'objet que le ministère public l'accuse, devant les juges criminels ou correctionnels, d'avoir dégradé, détérioré ou enlevé, le procès criminel ou correctionnel reprend son cours? Le ministère public peut-il encore soutenir qu'il y a crime ou délit de la part du prévenu jugé propriétaire? Peut-il le soutenir encore, sous le prétexte que le jugement civil n'a pas été rendu avec lui? Non certainement. Le jugement civil lui lie les mains, et l'absolution du prévenu devient indispensable.

» L'art. 327 du Code civil porte que *l'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état*, jugement qui, d'après l'article précédent, ne peut être rendu que par les tribunaux civils.

» Supposons que, sur l'action intentée civilement par un enfant pour se faire réintégrer dans un état qu'il prétend lui avoir été enlevé par un crime de faux, il soit intervenu un arrêt qui ait débouté cet enfant. Le ministère public pourra-t-il encore poursuivre, devant les juges criminels, le faux qui aura été jugé civilement n'avoir pas été commis? Pourra-t-il dire : *L'arrêt civil qui a jugé qu'il n'a pas été commis de crime de faux, a été rendu entre des parties purement privées ; à la vérité, il a été précédé de mes conclusions ; mais les conclusions que j'ai données sur l'instance en réclamation d'état, je ne les ai données que par forme d'avis ; elles ne m'ont pas constitué partie dans cette instance. L'arrêt qui a statué sur cette instance, ne peut donc pas m'être opposé?* Non, Messieurs, il ne le pourra pas; l'art. 327 du Code civil le lui interdit implicitement; et c'est ce qu'expliquait fort bien M. Tronchet dans la séance du conseil d'état où le projet de cet article a été discuté, c'est-à-dire, à celle du 29 fructidor an 10 : *Lorsque le tribunal civil* (ce sont ses termes), *après avoir admis la preuve par témoins, décide qu'elle n'est pas concluante, et prononce en conséquence que la réclamation d'état n'est pas justifiée, il ne peut plus y avoir lieu à l'action criminelle.*

» Il y a donc des jugemens civils qui ont, contre le ministère public agissant par la voie criminelle ou correctionnelle, l'autorité de la chose irrévocablement jugée, quoiqu'il n'ait point été partie dans les affaires sur lesquelles ils ont été rendus ; c'est ce qui arrive toutes les fois que l'action civile sur laquelle prononcent ces jugemens, est *préjudicielle* à l'action criminelle ou correctionnelle qui peut dériver des mêmes faits.

» Mais s'il est des actions civiles qui sont *préjudicielles* aux actions criminelles ou correctionnelles, il est aussi des actions criminelles ou correctionnelles qui sont *préjudicielles* aux actions civiles; et telles sont nécessairement toutes celles qui sont intentées pour la punition d'un fait qualifié crime ou délit, et duquel, considéré comme crime ou délit, il naît des actions au profit des particuliers.

» Par exemple, un meurtre a été commis. Le meurtrier est sujet à deux actions : à une action criminelle de la part du ministère public; à une action civile de la part de la veuve ou des enfans de la personne homicidée.

» Quelle est celle de ces deux actions qui est préjudicielle à l'autre? Ce n'est pas l'action civile; car inutilement le meurtrier, poursuivi civilement par la veuve et les enfans de la personne homicidée, aura-t-il obtenu un jugement qui le déclare non coupable, ce jugement ne liera point le ministère public. Mais, au contraire, si le meurtrier est déclaré coupable d'après l'action criminelle intentée contre lui par le ministère public, la veuve et les enfans de l'homicidé pourront, même sans avoir paru dans le procès criminel, s'emparer du jugement qui l'aura condamné aux peines portées par la loi, et le faire valoir devant les juges civils pour obtenir des dommages et intérêts. C'est la disposition expresse de l'art. 359 du Code d'instruction criminelle.

» C'est donc l'action criminelle qui, dans ce cas, est *préjudicielle* à l'action civile; et, ce qu'il y a de remarquable, l'art. 3 du Code d'instruction criminelle le décide ainsi de la manière la plus positive.

» Suivant cet article, qui n'est que la répétition de l'art. 8 du Code du 3 brumaire an 4, lequel n'avait fait lui-même que sanctionner la maxime de notre ancienne jurisprudence, *le criminel tient le civil en état*, l'action civile qui naît d'un crime ou d'un délit, *peut être poursuivie en même temps, et devant les mêmes juges que l'action publique; elle peut aussi l'être séparément : dans ce cas, l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile.*

» Pourquoi l'action publique, lorsqu'elle est intentée avant ou pendant la poursuite séparée de l'action civile, doit-elle tenir l'action civile en état? Il ne peut y en avoir qu'une raison; c'est que l'action publique est *préjudicielle* à l'action civile; c'est par conséquent que le sort de l'action civile est subordonné au sort de l'action publique; c'est par conséquent que l'action civile doit réussir, si l'action publique réussit, et échouer, si l'action publique échoue; c'est par conséquent que le jugement à rendre sur l'action publique, recevra à l'action civile une application nécessaire et forcée.

» Et il n'importe que, sur l'action publique, le prévenu soit condamné ou absous.

» S'il est condamné, il ne sera plus recevable à soutenir devant le tribunal civil, lorsqu'il y sera traduit par la partie privée, qu'il n'est pas coupable du crime ou du délit dont la partie privée lui demandera la réparation.

Nous avons déjà vu que l'art. 359 du Code d'instruction criminelle le décide ainsi textuellement.

» S'il est absous, la partie privée ne pourra pas, en le traduisant devant les juges civils, le faire condamner à des dommages-intérêts pour un crime ou délit dont il a été jugé coupable contradictoirement avec le ministère public. Car il faut bien qu'à cet égard il y ait pleine réciprocité. La partie privée ne peut pas méconnaître l'autorité d'un jugement, sous le prétexte qu'il est favorable au prévenu, tandis que, s'il lui eût été contraire, il aurait formé pour elle un titre irréfragable; et si le prévenu, par cela seul qu'il est déclaré coupable envers le ministère public, est déclaré coupable envers la partie privée, il faut bien aussi que le prévenu, par cela seul qu'il est déclaré innocent envers le ministère public, soit à couvert de toutes les actions que la partie privée pourrait intenter contre lui à l'effet de le faire déclarer coupable.

» On n'a pas craint de vous plaider que la section criminelle avait plusieurs fois jugé le contraire; mais y a-t-on bien réfléchi?

» La section criminelle peut bien avoir, et elle a effectivement des occasions assez fréquentes de s'occuper de la question de savoir si un jugement rendu en matière civile, entre parties privées, peut, en matière criminelle, produire une exception de chose jugée contre le ministère public.

» Mais la question de savoir si un jugement rendu en matière criminelle, peut, en matière civile, produire une exception de chose jugée contre les particuliers qui n'y ont pas été parties, cette question ne peut jamais se présenter à la section criminelle, et nous pouvons assurer que jamais elle ne s'y est présentée.

» Du reste, il est très-vrai que la section criminelle a très-souvent décidé, même conformément à nos conclusions, que les jugemens civils sur des faits qualifiés de crime ou de délit, n'ont pas l'autorité de la chose jugée contre le ministère public agissant au criminel.

» Mais conclure de là que, réciproquement, les jugemens criminels n'ont pas l'autorité de la chose jugée pour ou contre les particuliers lésés par les crimes ou délits sur lesquels les jugemens ont prononcé, ce serait une absurdité; et pourquoi? Nous l'avons déjà dit, parceque l'action criminelle est bien préjudicielle à l'action civile résultant du crime ou délit que l'action criminelle a pour objet de faire constater et punir; mais que jamais l'action civile résultant d'un crime ou d'un délit, n'est préjudicielle à l'action criminelle qui naît de ce délit ou de ce crime.

» Vainement au surplus prétendrait-on que la disposition de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, par laquelle il est dit que l'exercice de l'action civile intentée séparément, est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile, ne porte que sur le cas où l'action publique est intentée par la partie civile conjointement avec le procureur du gouvernement.

» La disposition de l'art. 3 est conçue en termes qui excluent absolument une pareille restriction. Car l'action par laquelle une partie civile intervient dans un procès criminel et se joint au procureur du gouvernement, n'est point à son égard une action publique. Elle n'est, à son égard, qu'une action privée. Or, l'art. 3 veut que l'action civile intentée séparément soit suspendue, non tant qu'il n'aura pas été prononcé à la fois sur l'action publique et sur l'action civile intentées simultanément, mais tant qu'il n'aura pas été prononcé sur l'action publique. Il suffit donc, pour nécessiter le sursis, que l'action publique soit intentée. Le sursis devient donc inévitable, du moment que le procureur du gouvernement agit pour la vindicte publique, n'importe que la partie civile se joigne à lui ou ne s'y joigne pas.

» Et c'est ce que la section civile a jugé tout récemment d'une manière bien positive.

» Les nommés Molin et Jeannet, négocians faillis, ayant obtenu un concordat de la majorité de leurs créanciers, en demandent l'homologation contre les opposans. Ceux-ci font valoir leurs moyens d'opposition, mais inutilement. Le tribunal de commerce de Troyes les rejette et homologue le concordat. Les créanciers appellent de ce jugement; et après avoir pris des conclusions sur le fond, ils font signifier une requête par laquelle, en exposant et prouvant que le procureur du gouvernement de Troyes vient de rendre, contre leurs adversaires, une plainte en banqueroute frauduleuse, ils demandent qu'en exécution de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, il soit sursis au jugement de leur appel, jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur cette plainte.

» Le 28 janvier 1812, arrêt de la cour de Paris, qui, *attendu que l'art. 3 du Code d'instruction criminelle ne pourrait avoir d'application que dans le cas où l'action criminelle serait exercée par celui-là même qui devrait d'abord intenter l'action civile, sans s'arrêter à la demande en sursis, ordonne que les parties plaideront au fond.*

» Peu de temps après, quelques-uns des

appelans se rendent parties civiles dans le procès en banqueroute frauduleuse; et, forts de cette nouvelle qualité, ils renouvellent, devant la cour de Paris, leur demande en sursis.

» Mais par arrêt du 3 février suivant, *considérant, en fait, qu'il n'est encore intervenu aucun mandat d'amener ni de dépôt, ni d'arrêt, contre les prévenus; considérant, en droit, que l'action criminelle n'est engagée qu'autant que la plainte est suivie d'un mandat qui intervient sur icelle, la cour, sans s'arrêter à la demande en sursis, ordonne que les parties plaideront au fond.*

» Recours en cassation contre ces deux arrêts; et le 18 novembre 1812, au rapport de M. Zangiacomi, *vu l'art. 3 du Code d'instruction criminelle; attendu que l'action publique est évidemment celle qui est exercée par le ministère public, et que cette action, dont le titre fondamental est la plainte, existe par le fait seul de cette plainte, soit qu'il y ait ou non mandat contre les prévenus; que, dans l'espèce, pendant que les parties étaient en instance au civil, le procureur du gouvernement de Troyes a rendu plainte en banqueroute frauduleuse contre les défendeurs; que, dès ce moment, il y a eu une action publique, dont l'effet, aux termes de l'article ci-dessus, était de suspendre l'action civile dont la cour de Paris était saisie; et par conséquent que cette cour, en refusant le sursis demandé, a violé la loi; la cour casse et annulle les arrêts de la cour de Paris, des 28 janvier et 3 février 1812...* ».

» Vous voyez, Messieurs, que, dans cette affaire, la section civile a cassé, non seulement l'arrêt du 3 février, lors duquel il y avait des parties civiles jointes au ministère public, mais encore l'arrêt du 28 janvier, lors duquel le ministère public agissait seul, lors duquel il n'existait, contre les prévenus, qu'une plainte du ministère public.

» Il est donc bien évident que la disposition citée de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle est applicable au cas où le ministère public agit *seul*, comme au cas où la partie civile agit conjointement avec lui.

» Et dès là, reste manifestement dans toute sa force, la conséquence que nous avons tirée de cette disposition; savoir, que le ministère public, lorsqu'il poursuit *seul* un crime *ou* un délit, le poursuit nécessairement aux risques et périls de tous ceux *qui* y ont intérêt; que tous ceux qui y ont intérêt, sont censés le poursuivre par son organe; et que, s'il succombe dans son action, ils ne peuvent plus la renouveler pour leur propre compte.

» C'est même ce que le demandeur a reconnu implicitement dans notre espèce. Pendant que le ministère public poursuivait le sieur Charret devant le tribunal correctionnel de Bourges, comme prévenu des vols dont il s'était avoué coupable par son écrit du 9 juillet 1810, le sieur Charret a fait assigner le demandeur devant le tribunal civil, pour voir déclarer nulle son obligation du même jour; et quelle a été la réponse du demandeur à cette assignation? Il a conclu, par une requête du 4 juillet 1811, rappelée, en termes exprès, dans l'arrêt attaqué, à ce qu'il fût *sursis au jugement de la demande en nullité de l'obligation, jusqu'à ce qu'il eût été statué sur la plainte correctionnelle contre le sieur Charret.* Or, à quoi bon ce sursis, s'il n'eût pas dû avoir pour objet de subordonner le jugement de la demande en nullité de l'obligation, au jugement de la plainte du ministère public en vol?

» Eh! Comment, d'après cela, le demandeur peut-il venir ici accuser la cour de Bourges d'avoir fait une fausse application de l'autorité de la chose jugée, en prenant pour base de son arrêt, sur la demande en nullité de l'obligation, le jugement et l'arrêt qui avaient déclaré chimériques les vols imputés au sieur Charret? La cour de Bourges n'a évidemment fait, en cela, que suivre la marche que le demandeur lui avait indiquée à l'avance, et qu'il lui avait indiquée d'après le texte de la loi.

» Le demandeur pourrait-il aujourd'hui, si l'obligation et l'écrit du 9 juillet 1810 n'existaient pas, poursuivre le sieur Charret pour le faire condamner à lui restituer les objets qu'il prétend lui avoir été volés par celui ci? Il est évident que non: acquitté de ces vols envers le ministère public, le sieur Charret l'est aussi envers le demandeur. C'est, encore une fois, la conséquence nécessaire de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle.

» Mais ce que le demandeur ne peut pas faire par voie d'action, de quel droit pourrait-il le faire par voie d'exception? Si le jugement et l'arrêt correctionnels ont contre *lui* l'autorité de la chose jugée, à l'effet d'empêcher qu'il ne revendique des objets prétendus volés, il faut bien qu'ils l'aient aussi à l'effet d'empêcher qu'il ne retienne une obligation et un écrit qui ne sont, dans ses mains, que la représentation de ces objets? S'il est jugé souverainement que rien n'a été volé par le sieur Charret au demandeur, il faut bien aussi qu'il soit jugé souverainement que l'obligation souscrite au profit du demandeur par le sieur Charret, n'a pas pour cause les vols articulés par l'*un*, et niés par l'autre.

» Du reste, ce serait bien vainement que

l'on prétendrait écarter ici l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, sous le prétexte qu'il n'y a jamais eu d'action civile intentée par le sieur Tourangin contre le sieur Charret, en réparation des vols imputés au second par le premier. Ce serait bien vainement que l'on prétendrait restreindre l'art. 3 du Code d'instruction criminelle au cas où l'action publique dont il y est parlé, a pour objet direct la réparation du dommage causé par un crime ou par un délit, et par conséquent au cas où la personne lésée par le crime ou le délit, s'est pourvue, avant ou pendant la poursuite de l'action publique, pour en obtenir la réparation par la voie civile.

» D'une part, s'il n'y a pas eu d'action civile intentée par le sieur Tourangin pour faire déclarer que le sieur Charret s'était rendu envers lui coupable de vols, il y en a eu une intentée par le sieur Charret contre le sieur Tourangin, pour faire déclarer que les vols, dont il s'était reconnu coupable envers lui par son écrit du 9 juillet 1810, n'avaient jamais existé. Car c'était bien là ce qu'avait demandé le sieur Charret au tribunal de Bourges, pendant l'instance correctionnelle, lorsqu'il y avait conclu à ce que l'obligation du 9 juillet 1810 fût déclarée nulle, comme fondée, par sa combinaison avec l'écrit sous seing privé du même jour, sur une cause absolument fausse.

» D'un autre côté, l'art. 3 du Code d'instruction criminelle ne s'applique pas seulement au cas où l'action civile qui se trouve en concours avec l'action publique, a pour but de faire déclarer qu'il a été commis un délit ou un crime : il s'applique également au cas où cette action tend à établir qu'il n'a été commis ni crime ni délit. Par exemple, pour vous maintenir en possession d'un effet que j'ai précédemment possédé, et que je revendique sur vous, il vous plaît d'alléguer que, si j'ai possédé avant vous cet effet, ç'a été par suite d'un vol; et qu'en me le reprenant, vous n'avez fait que reprendre votre bien. Je combats votre allégation, et j'offre de prouver que j'ai possédé cet effet plus de dix ans avant le moment où vous vous en êtes emparé. La contestation en cet état, survient une plainte du ministère public qui m'accuse de vous avoir volé cet effet. Que devra faire alors le tribunal civil? Bien certainement il sera tenu de surseoir à tout jugement, jusqu'à ce qu'il ait été statué, par les juges criminels ou correctionnels, sur la plainte du ministère public. Donc le jugement qui statuera sur cette plainte, fera la loi au tribunal civil pour le jugement qu'il aura ensuite à rendre sur ma demande en revendication. Donc la disposition de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle n'est pas moins applicable au cas où l'action civile tend à faire déclarer qu'il n'y a ni crime ni délit, qu'au cas où elle tend à faire déclarer qu'il y a délit ou crime.

» Mais, dit le demandeur, et c'est son troisième moyen de cassation, tout cela peut être vrai en thèse générale, et n'en être pas moins étranger à l'espèce actuelle. Pour condamner le sieur Charret comme coupable de vol, les juges correctionnels ne pouvaient pas se contenter de l'aveu consigné dans son écrit du 9 juillet 1810, ils avaient besoin de preuves ultérieures; et ces preuves, ils ne les ont pas trouvées dans l'instruction. Ils ont donc dû acquitter le sieur Charret. Au contraire, pour débouter le sieur Charret de sa demande en nullité de l'obligation du 9 juillet 1810, la cour de Bourges n'a eu besoin que de son aveu; elle devait donc, d'après son aveu, rejeter sa demande; et cependant elle l'a accueillie. Elle a donc attribué, au jugement et à l'arrêt correctionnels, une autorité qu'ils ne devaient pas avoir.

» Ici, Messieurs, nous convenons que, dans les cas ordinaires, l'écrit, par lequel l'auteur d'un délit s'en reconnaît coupable et s'oblige à le réparer, doit faire pleine foi devant les juges civils.

» Nous convenons, par suite, que cet écrit conserve toute sa force, quant aux effets civils, même après le jugement qui, sur un procès criminel intenté contre son auteur, a déclaré que le délit n'était pas constant.

» Et pourquoi? Parce qu'alors, l'action qui appartient à la personne lésée par le délit, n'est plus une action dérivant du délit même et subordonnée à des preuves, à une instruction, à un jugement; parce qu'alors, la personne lésée par le délit, a contre le délinquant une action résultant d'un véritable contrat, c'est-à-dire, une action personnelle ordinaire, c'est-à-dire, une action qui n'a aucune espèce de contact avec l'action du ministère public, c'est-à-dire, une action sur laquelle l'action du ministère public ne peut avoir aucune influence. Et cela est si vrai que cette action n'est sujette qu'à la prescription de trente ans, tandis que, si elle résultait véritablement du délit, elle serait prescriptible, ainsi que le décident expressément les art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, par l'espace de 10 ans, par le même espace de temps que l'action du ministère public.

» Mais ces principes sont-ils applicables à notre espèce?

» Dans notre espèce, les juges correctionnels ne se sont pas bornés à dire que l'aveu d'un

prévenu ne suffit par pour le condamner; et encore est-il à remarquer qu'il n'y a que les juges de première instance qui l'aient dit; encore est-il à remarquer que cette erreur (car c'en est véritablement une dans la jurisprudence actuelle, où les magistrats, lorsqu'ils font les fonctions de jurés, n'ont plus, comme sous l'ancien régime, leur conscience asservie à des règles positives pour l'appréciation des preuves qui leur sont offertes *), encore est-il à remarquer, disons-nous, que cette erreur n'a pas été répétée par la chambre correctionnelle de la cour de Bourges.

» Les juges de première instance et les membres de la chambre correctionnelle de la cour de Bourges on été plus loin : ils ont dit, en toutes lettres, que la déclaration contenant l'aveu infamant du sieur Charret, lui avait été surprise par de mauvaises voies, et qu'il ne jouissait pas, lorsqu'il l'avait signée, *d'une pleine et entière liberté d'esprit.*

» Ils ont donc jugé, non pas que l'aveu du sieur Charret était insuffisant pour constater les vols, mais que cet aveu était nul.

» Et que peut-on opposer à leur décision ?

» Dira-t-on qu'ils n'étaient pas compétens pour annuler l'aveu du sieur Charret ? Mais quoi ! L'aveu du sieur Charret était une des preuves dont on se prévalait devant eux contre lui. Ils étaient donc bien compétens pour l'apprécier, non-seulement quant à la foi qui eût pu en résulter, s'il eût été valable en lui-même, mais encore quant à sa validité intrinsèque, comme ils auraient été compétens, s'il se fût agi de la déposition d'un témoin, non-seulement pour juger qu'elle n'était pas assez précise, assez circonstanciée, mais encore qu'elle était nulle, soit faute de prestation préalable du serment, soit parceque le témoin dont elle était l'ouvrage, ne pouvait pas être admis à déposer.

» Dira-t-on qu'en déclarant que l'aveu du sieur Charret lui avait été surpris par de mauvaises voies, les juges correctionnels se sont mis en opposition avec la décision de la cour d'assises du 31 mai 1811 ?

» Mais 1°. s'il y avait effectivement contrariété entre l'arrêt de la chambre correctionnelle de la cour de Bourges du 21 novembre 1811 et la décision de la cour d'assises du 31 mai précédent, c'eût été une raison pour faire casser le premier; mais, pour cela, il eût fallu que le ministère public se fût pourvu en cassation dans les trois jours de la prononciation de cet arrêt; et il ne l'a point fait. L'arrêt de la chambre correctionnelle est donc légalement purgé du vice de contrariété qu'on aurait pu lui reprocher dans le principe.

» 2° Dans le fait, aurait-on pu, dans le principe, reprocher ce vice à l'arrêt de la chambre correctionnelle ?

» Si nous avions eu à nous expliquer sur cette question, devant la section criminelle de la cour, nous n'aurions pas hésité à soutenir la négative, et nous nous serions fondés sur deux raisons également péremptoires.

» D'abord l'arrêt de la chambre correctionnelle ne dit pas positivement que des violences ont été exercées sur le sieur Charret pour le forcer à signer la déclaration infamante du 9 juillet 1810. Il dit seulement que le sieur Charret a été *insidieusement entraîné, ce jour-là, dans une maison étrangère ; qu'il y a été retenu depuis midi jusqu'à huit ou neuf heures du soir, et qu'il était dans un état de débilité et d'anéantissement tel que, lorsqu'il eut repris ses sens, on lui fit prendre deux verres d'eau-de-vie ; ce qui annonce assez qu'il ne jouissait pas d'une pleine et entière liberté d'esprit*; et tout cela peut avoir eu lieu sans violence proprement dite; tout cela peut avoir eu lieu par l'effet de simples actes de dol, de pratiques insidieuses, de moyens frauduleux quelconques, employés pour circonvenir le sieur Charret, pour lui faire perdre connaissance, pour lui extorquer une signature à son insu.

» Ensuite, quand même l'arrêt de la chambre correctionnelle déclarerait, en termes exprès, que l'écrit du 9 juillet 1810 a été arraché par violence au sieur Charret, il ne contrarierait pas, pour cela, la déclaration du jury du 31 mai 1811.

» Que porte la déclaration du jury ? Qu'il n'a pas été commis de violence sur le sieur Charret, à l'effet de lui extorquer l'obligation du 9 juillet 1810 ? Non : elle porte uniquement que ni Félix Tourangin, ni ses co-accusés ne sont *coupables d'avoir extorqué* cette obligation *par violence.*

» Mais, d'une part, cette déclaration n'est pas exclusive de l'idée que l'obligation a pu être extorquée au sieur Charret, par d'autres personnes que Félix Tourangin et ses co-accusés; et vous savez qu'aux termes de l'art. 1111 du Code civil, *la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers, autre que celui au profit duquel la convention a été faite.*

» D'un autre côté, il ne résulte pas précisément de la déclaration du jury, que Félix Tourangin lui-même n'a pas employé des

* *V.* les articles *Confession*, n°. 5, et *Preuve*, sect. 3, §. 1.

violences envers le sieur Charret, pour lui extorquer l'obligation du 9 juillet 1810 : il en résulte seulement de deux choses l'une : ou qu'effectivement Félix Tourangin n'a point employé de violences envers le sieur Charret; ou qu'il en a bien employé, mais qu'il l'a fait sans crime.

» C'est ainsi que, lorsque, sur une accusation de meurtre, le jury déclare que l'accusé n'est pas coupable du meurtre énoncé dans l'acte d'accusation, il est, à la vérité, jugé que l'accusé n'a pas commis volontairement l'homicide que l'acte d'accusation lui impute; mais il reste douteux si cet homicide a été commis : il reste douteux si c'est l'accusé qui l'a commis; il reste douteux si l'accusé ne l'a pas commis, soit par un pur hasard, dans lequel il n'est entré, ni imprudence, ni maladresse, ni négligence, ni contravention aux réglemens, soit par la nécessité d'une défense légitime.

» Et qui nous assurera aujourd'hui, que le jury, en déclarant Félix Tourangin *non coupable d'avoir extorqué par violence l'obligation du 9 juillet* 1810, n'a pas laissé de reconnaître que le fait de la violence était constant et que Félix Tourangin en était l'auteur? Qui nous assurera aujourd'hui, que le jury ne s'est pas déterminé à déclarer Félix Tourangin *non coupable*, par la seule considération que Félix Tourangin avait pu, sans crime, employer des violences pour se procurer un moyen de réparer les vols dont il se plaignait, et qui alors se présentaient sous toutes les couleurs de la vraisemblance?

» Sans doute, il y aurait eu, dans ce motif, une grande erreur de droit; mais cette erreur pouvait facilement séduire des jurés; rien ne peut nous garantir qu'elle ne les a pas séduits en effet.

» Nous savons bien que, dans l'obscurité que laisse sur ce point leur déclaration, nous devons l'interpréter dans le sens le plus favorable à Félix Tourangin; et que, si la chambre correctionnelle avait jugé positivement, nonobstant cette déclaration, que Félix Tourangin avait extorqué par violence l'obligation du 9 juillet 1810, son arrêt, attaqué en temps utile devant la section criminelle, n'aurait pas échappé à la cassation (1).

» Mais nous ne devons pas moins signaler ici la source de la possibilité que le jury soit tombé dans l'erreur que nous venons de supposer.

» La source de cette erreur est dans la marche tout-à-fait irrégulière qu'a suivie le magistrat de sûreté de Bourges, dans la poursuite des délits et des crimes que présentait cette affaire.

» Ces délits, ces crimes, étaient parfaitement connexes; et l'on ne pouvait les bien apprécier, l'on ne pouvait juger, avec une pleine connaissance de cause, s'ils avaient ou s'ils n'avaient pas été commis respectivement, que par une instruction qui portât simultanément sur les uns et les autres.

» Si les vols imputés au sieur Charret, avaient été poursuivis en même temps et par la même instruction que les faits de violence imputés au demandeur, comme ils auraient dû l'être, d'après la jurisprudence constante de la cour, quoique les uns ne fussent qualifiés que de délit et que les autres portassent le caractère de crime (1), qu'aurait fait le jury à qui le tout eût été soumis par un seul acte d'accusation?

» Il aurait commencé par délibérer sur les vols; et s'il avait reconnu que l'accusation était mal fondée à cet égard, il aurait déclaré le sieur Charret non coupable.

» Cela fait, il serait entré dans l'examen des faits de violence; il y serait entré, bien convaincu que les vols imputés mal à propos au sieur Charret, ne pouvaient pas légitimer les faits de violence imputés à Félix Tourangin; il se serait, en conséquence, borné à vérifier ces faits; et il est à croire qu'alors, Félix Tourangin n'aurait pas eu à s'applaudir de sa déclaration.

» Quoi qu'il en soit, il demeure toujours constant que la déclaration du jury n'est, en rien, contrariée par l'arrêt de la chambre correctionnelle; que, le fût elle, l'arrêt de la chambre correctionnelle aurait dû, comme formant le dernier état des décisions judiciaires sur les causes de l'obligation et de l'écrit du 9 juillet 1810, servir seul de guide à la chambre civile qui a rendu l'arrêt attaqué aujourd'hui par le demandeur; et par conséquent, que le troisième moyen de cassation du demandeur doit être rejeté comme les deux premiers.

» Le quatrième moyen se divise en deux branches : violation de l'art. 1356 du Code civil, en ce que l'arrêt attaqué divise les aveux que le demandeur avait faits, tant sur la cause de l'obligation du 9 juillet 1810, que sur le montant de la somme qu'il avait prise, le même jour, au sieur Charret; contravention à l'autorité de la chose jugée, en ce que le même arrêt condamne le demandeur à rendre au

(1) *V.* l'arrêt du 29 octobre 1812, rapporté ci-dessus, n°. 5 *bis*.

(1) *V.* l'article *Connexité*, §. 3.

sieur Charret de l'argent que la cour d'assises avait décidé ne lui être pas dû.

» Mais 1°. pour juger que l'obligation du 9 juillet 1810 avait une autre cause que celle qui y était énoncée ; pour juger que cette obligation n'avait pour cause que les prétendus vols imputés au sieur Charret, la cour de Bourges n'a pas eu besoin des aveux du demandeur : elle trouvait la preuve de ce fait dans l'écrit que le sieur Charret avait signé en même temps que l'obligation ; et si, à cette preuve, elle a, dans ses motifs, ajouté celle qui résultait des aveux du demandeur, elle l'a fait par surabondance.

» 2°. La cour de Bourges n'a pas eu plus besoin des aveux du demandeur, pour le condamner à restituer au sieur Charret les 18 francs qui sont l'objet de la cinquième des questions, sur laquelle prononce l'arrêt attaqué.

» Il est vrai que le demandeur, en avouant qu'il avait pris au sieur Charret l'argent qu'il avait dans sa poche, le 9 juillet 1810, ajoutait que cet argent lui avait été volé par le sieur Charret.

» Mais l'arrêt de la chambre correctionnelle jugeait à la fois, et que cet argent avait été pris par le demandeur au sieur Charret, et que le sieur Charret ne l'avait pas volé au demandeur. L'aveu du demandeur était donc, pour la cour de Bourges, la chose du monde la plus indifférente. La cour de Bourges n'a donc pas divisé cet aveu.

» Il est vrai encore que le demandeur prétendait avoir pris au sieur Charret, non 18 francs, mais 33 francs ; et que l'arrêt attaqué n'adjuge que 18 francs au sieur Charret.

» Mais qu'importe? Prononcer ainsi, ce n'est pas diviser l'aveu du demandeur, c'est tout simplement se renfermer dans les bornes des conclusions du sieur Charret, c'est tout simplement ne pas juger *ultrà petita*.

» 3°. Comment la cour de Bourges aurait-elle pu, en condamnant le demandeur à rendre ces 18 francs au sieur Charret, contrarier ce qui avait été décidé par la cour d'assises ?

» La cour d'assises, vous dit le demandeur, avait rejeté les conclusions du sieur Charret tendantes à ce que je fusse condamné à lui payer 24,000 francs de dommages-intérêts ; et certainement les 18 francs faisaient partie de cette somme. Elle avait donc décidé que je ne devais pas restituer cette somme au sieur Charret. La cour de Bourges a donc contrevenu, en ce point, à l'autorité de la chose jugée.

» Admettons avec le demandeur que, dans les 24,000 francs de dommages-intérêts auxquels le sieur Charret concluait devant la cour d'assises, celui ci comprenait les 18 francs qui lui avaient été pris le 9 juillet 1810 : que résultera-t-il de cette supposition ? Rien qui puisse justifier le moyen de cassation qui vous est proposé.

» Pour qu'il y ait lieu à l'exception de chose jugée, dit l'art. 1351, il faut que la demande reproduite dans une nouvelle instance, soit *fondée sur la même cause* qui déjà l'avait motivée dans une instance précédente.

» Or, quelle identité y a-t-il entre la cause de la demande que le sieur Charret a formée devant la cour d'assises et la cause de la demande qu'il a formée devant la cour de Bourges ? Aucune.

» Devant la cour d'assises, le sieur Charret demandait 24,000 francs de dommages-intérêts au sieur Tourangin, sur le fondement que le sieur Tourangin lui avait extorqué par violence une obligation de la même somme.

» Devant la cour de Bourges, le sieur Charret réclamait les 18 francs dont il s'agit, sur le fondement que le sieur Tourangin les lui avait pris dans sa poche.

» Il n'y a donc pas l'ombre d'identité entre les causes des deux demandes. L'arrêt attaqué ne contrevient donc pas, en ce qui concerne les 18 francs, à l'autorité de la chose jugée.

» Par son cinquième moyen de cassation, le demandeur reproche à la cour de Bourges un excès de pouvoir. Suivant lui, la cour d'assises était seule compétente pour permettre que l'écrit sous seing-privé du 9 juillet 1810, par lequel le sieur Charret s'était reconnu coupable de vol, fût retiré du greffe. La cour de Bourges n'a donc pu en ordonner le retrait, elle n'a donc pas pu en ordonner la remise au sieur Charret.

» Mais d'abord, le demandeur est il recevable à vous proposer un pareil moyen? Il n'a certainement aucun intérêt à ce que le retrait et la remise de l'écrit du 9 juillet 1810 soient ordonnés par la cour d'assises plutôt que par la cour de Bourges; et dès qu'il est à cet égard sans intérêt, il est nécessairement sans action.

» En second lieu, la cour d'assises avait-elle ordonné que l'écrit du 9 juillet 1810 restât déposé dans son greffe ? Non : elle avait donc implicitement autorisé le sieur Tourangin à l'en retirer. Le sieur Tourangin aurait donc pu l'en retirer, en effet, sans nouvelle autorisation, comme toute partie privée peut, après le jugement de son procès, retirer du greffe où sont déposées ses productions, toutes les pièces dont elles se composent.

» Mais, d'après cela, qu'a fait l'arrêt de la cour de Bourges, en ordonnant que l'écrit du

9 juillet 1810 fût remis au sieur Charret? Il a jugé que cet écrit étant dénué de cause, ne devait pas rester dans les mains du sieur Tourangin; il a jugé que, si le sieur Tourangin l'eût encore eu entre les mains, il eût dû le remettre au sieur Charret; il a jugé que le sieur Charret pouvait, au lieu de se le faire remettre par le sieur Tourangin, le retirer lui-même du greffe; il a jugé que le droit que le sieur Tourangin avait de retirer cet écrit du greffe, pouvait être exercé par le sieur Charret; et certainement il a très-bien jugé; car le sieur Tourangin étant obligé de remettre l'écrit au sieur Charret, le sieur Charret était, à cet égard, créancier du sieur Tourangin; et l'art. 1166 du Code civil permet à tout créancier d'exercer les droits de son débiteur.

» Le sixième moyen est peut-être le plus futile de tous. A l'arrêt que j'attaque, vous dit le demandeur, a concouru un conseiller-auditeur qui avait déjà connu de l'affaire, comme membre de la cour d'assises. Ce conseiller-auditeur devait se récuser, et il ne l'a pas fait. Donc l'arrêt que j'attaque, est en contravention aux art. 378 et 380 du Code de procédure civile

» Mais 1°. il n'est pas vrai que le conseiller-auditeur qui a pris séance à la cour d'assises, le 31 mai 1811, y ait siégé comme juge effectif: il n'y a siégé que comme juge éventuel; il n'y a siégé, conformément à la loi du 25 brumaire an 8, que pour remplacer, dans un cas qui n'est point arrivé, l'un des juges qui eût pu tomber malade pendant les débats.

» 2°. Quand même ce conseiller aurait véritablement rempli les fonctions de juge dans le procès jugé à la cour d'assises, le 31 mai 1811, il suffirait que le sieur Tourangin ne l'eût pas récusé, lorsqu'il l'a vu siéger de nouveau dans la cour d'appel, pour que l'arrêt de la cour d'appel fût inattaquable de ce chef. C'est un point jugé sous l'ordonnance de 1667, qui avait, à cet égard, les mêmes dispositions que le Code de procédure civile, par plusieurs arrêts de la cour, et notamment par ceux qu'elle a rendus, le 14 ventôse an 10, au rapport de M. Cochard, dans l'affaire de la demoiselle Gilbert, et le 22 frimaire an 11, au rapport de M. Aumont, dans l'affaire des sieurs Gayling et du préfet du département du Bas-Rhin.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur, et de le condamner à l'amende ».

Par arrêt du 17 mars 1813, au rapport de M. Favart de Langlade,

« Sur le premier moyen tiré de ce que la validité de l'obligation ayant été jugée par la cour d'assises de Bourges, elle ne pouvait plus être mise en question devant la cour d'appel,

» Considérant que, d'après l'art. 1351 du Code civil, l'autorité de la chose jugée n'a lieu que dans le cas où les parties ont été en instance sur le même objet, et que la nouvelle demande est fondée sur la même cause; que, dans l'espèce, le sieur Charret avait bien, par sa plainte du 30 août 1810, demandé la nullité de l'obligation du 9 juillet 1810, comme étant le résultat de la violence et au surplus sans cause; mais que l'acte d'accusation et la déclaration du jury de jugement n'ont porté et ne pouvaient porter que sur le fait de la violence; que le moyen tiré de ce qu'abstraction faite de la violence, l'obligation était encore sans cause, ne pouvait pas être de la compétence de la cour d'assises, et qu'en statuant exclusivement sur le fait de la violence, cette cour a laissé entière la question de savoir si l'obligation avait une cause; que, dès-lors, l'arrêt attaqué a pu juger cette question sans contrevenir à l'autorité de la chose jugée;

» Sur le second moyen, que le demandeur fait résulter de ce qu'il n'a pas été partie dans l'arrêt de la chambre correctionnelle, qui a renvoyé le sieur Charret de la plainte en vols, et que dès-lors, cet arrêt ne pouvait lui être opposé;

» Considérant que le ministère public est seul partie capable pour poursuivre les crimes et délits; qu'il les poursuivit aux périls, risques et fortunes de tous ceux qui y sont intéressés, lorsqu'ils ne se rendent pas parties civiles, et que le jugement qui intervient avec lui ne peut jamais être attaqué par les parties privées; que cela résulte nécessairement de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, portant que l'exercice de l'action civile intentée avant ou pendant la poursuite de l'action publique, est suspendu jusqu'à ce que l'action publique ait été définitivement jugée; que, d'après cette disposition, l'action publique est évidemment préjudicielle à l'action civile, et que, dès lors, le jugement qui intervient sur l'une, même en l'absence de la partie privée, ne peut pas ne pas avoir l'autorité de la chose jugée sur l'autre; qu'ainsi, dans l'espèce, un arrêt de la chambre correctionnelle de la cour de Bourges ayant jugé, sur la poursuite du ministère public, que le sieur Charret n'avait commis ni vols ni escroquerie chez le sieur Félix Tourangin, cet arrêt a acquis, vis-à-vis de ce dernier, l'autorité de la chose jugée; et que la chambre civile a dû le prendre pour guide de sa décision;

» Sur le troisième moyen résultant de ce que l'obligation du 9 juillet avait une cause bien connue, puisqu'elle avait été souscrite pour réparation de vols commis par le sieur Charret, ainsi qu'il l'a déclaré lui même dans un écrit sous seing-privé,

» Considérant que l'arrêt de la chambre correctionnelle ayant jugé *in terminis* 1°. que, non-seulement le sieur Charret n'avait commis ni vols ni escroquerie, mais même qu'il n'existait pas de corps de délit; 2°. que l'aveu que le sieur Charret avait fait de ces vols, par un écrit du 9 juillet 1810, lui avait été surpris par de mauvaises voies; 3°. que cet écrit n'avait pas été signé par lui avec une pleine et entière liberté d'esprit, que dès lors, il était nul et ne pouvait lui être opposé; il en résultait nécessairement que l'obligation du 9 juillet se trouvait sans cause, et que la cour de Bourges n'eût pu décider le contraire, sans contrevenir à l'autorité de la chose jugée;

» Sur le quatrième moyen résultant de la prétendue violation de l'art. 1356 du Code civil qui ne permet pas de diviser l'aveu contre celui qui l'a fait,

» Considérant qu'il résulte de l'arrêt attaqué, que ce ne sont pas exclusivement les aveux du demandeur qui ont été cause des condamnations prononcées contre lui, mais bien l'ensemble de l'instruction criminelle, correctionnelle et civile; que, dès-lors, l'art. 1356 du Code civil se trouve sans application;

» Sur le cinquième moyen, fondé sur un excès de pouvoir commis par la cour d'appel, en ordonnant la remise de l'écrit sous seing-privé du sieur Charret,

» Considérant que le demandeur n'a ni qualité ni intérêt pour se plaindre de cette remise; que d'ailleurs elle était une conséquence nécessaire de la nullité prononcée par l'arrêt attaqué tant de cet écrit que de l'obligation du 9 juillet;

» Sur le sixième et dernier moyen puisé dans les art. 378 et 380 du Code de procédure, suivant lesquels le juge qui a déjà connu d'une affaire peut être récusé et doit lui-même se récuser lorsque l'affaire est de nature à être portée devant le tribunal dont il fait partie,

» Considérant qu'il est constaté par le procès-verbal de la cour d'assises, que M. Brunet, qui était alors conseiller-auditeur, n'a point pris part à la délibération de la cour d'assises, et qu'il avait seulement assisté aux débats pour concourir au jugement, si sa présence devenait nécessaire; que, dès lors, M. Brunet, devenu conseiller à la cour d'appel, a pu connaître de l'affaire dont il s'agit, avec d'autant plus de raison que la question soumise à la chambre civile, n'était pas, comme il est prouvé par le premier *considérant*, la même que celle décidée par la cour d'assises;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi... ».

XVI. 1°. La règle *Non bis in idem*, s'oppose-t-elle à ce que le juge civil déclare non suffisamment vérifiée ou fausse, une signature privée qui, dans un procès criminel instruit avec le ministère public seul, et sans que le porteur de l'écrit revêtu de cette signature, s'y soit rendu partie civile, a été jugée n'être pas *fausse ou faussement fabriquée ?*

2°. S'oppose-t-elle à ce qu'en pareil cas, le juge civil déclare que la signature, si elle est vraie, a été surprise par dol et fraude ?

3°. S'oppose-t-elle à ce que le juge civil déclare nul l'écrit revêtu de cette signature, sur le fondement que, contenant des obligations synallagmatiques, il n'a pas été fait double ?

Le 10 avril 1791, Pierre Caperan, *travailleur de terre*, et employé comme tel par le sieur Roux à la tête de ses ouvriers, se rend adjudicataire d'un domaine national dit la *Boriette*, pour le prix de 45.000 francs; et il déclare dans le procès-verbal même d'adjudication, qu'il acquiert ce domaine au nom et pour le compte du sieur Roux.

Le sieur Roux, présent à cette déclaration, l'accepte. En conséquence, il prend possession du domaine de la Boriette, en paie le prix et en jouit paisiblement jusqu'à son décès arrivé deux ans après.

Ses héritiers continuent d'en jouir et le comprennent dans leur partage.

En 1808, ils font assigner Pierre Caperan en paiement d'un billet de 1.000 francs qu'il avait reconnu lui avoir été prêtés par le sieur Roux.

Pierre Caperan reconnaît sa dette, demande seulement qu'elle soit réduite, attendu qu'elle a été contractée en papier-monnaie, et la paie d'après la réduction qui en est faite d'accord.

Le 17 décembre 1810, acte notarié par lequel Pierre Caperan, pour se libérer envers Antoine Caperan, son fils, de sommes qu'il lui doit, déclare lui céder, sans garantie, l'action résultant à son profit d'un acte sous seing-privé, portant la date du 25 décembre 1791, et ainsi conçu : « Je promets au sieur » Pierre Caperan, propriétaire de Saint-Mar» tin-du Touch, de payer à sa décharge la mé» tairie de la Boriette, avec promesse de la » garder en bon père de famille, de la boni» fier et non la détériorer, et de la rendre à » lui ou à sa famille, lorsque le rembourse» ment en sera fait, et en récolte pendante,

» telle que je l'ai prise. Écrit d'une autre » main, et signé de la mienne. Roux ».

Antoine Caperan fait assigner les héritiers du sieur Roux devant le tribunal civil de Toulouse, pour reconnaître la signature apposée au bas de cette déclaration; sinon, voir dire qu'elle sera tenue pour reconnue; qu'en conséquence, ils seront condamnés à lui délaisser le domaine de la Boriette, sous l'offre qu'il fait de leur rembourser le prix qu'en a payé le sieur Roux, d'après l'échelle de dépréciation du papier-monnaie.

Les héritiers du sieur Roux déclarent ne pas reconnaître sa signature; et ils font remarquer 1°. que le corps du billet est écrit d'une autre main que les mots, *écrit d'une autre main et signé de la mienne;* 2°. que ni ces mots ni le corps du billet ne sont de la main du sieur Roux.

Pierre Caperan, père, intervient dans l'instance et déclare que c'est lui-même qui a écrit les mots, *écrit d'une autre main et signé de la mienne;* et que le sieur Roux n'a fait qu'y ajouter sa signature.

Le 7 janvier 1811, jugement qui, avant faire droit, ordonne qu'il sera procédé, par experts et par comparaison d'écritures, à la vérification de la prétendue signature du sieur Roux.

Les experts déclarent que la signature *Roux* est fausse.

Le 8 juin suivant, jugement qui, faute par Caperan de produire et notifier le rapport des experts, rejette de l'instance l'écrit daté du 25 décembre 1791, renvoie les héritiers Roux de la demande formée contre eux, et ordonne que la pièce sera transmise au juge d'instruction.

Le juge d'instruction poursuit, en conséquence, Caperan père et fils, comme prévenus du crime de Faux en écriture privée.

Dans cette nouvelle procédure, Caperan père, revenant sur la déclaration qu'il a faite devant le tribunal civil, reconnaît que ce n'est pas lui qui a écrit les mots, *écrit d'une autre main et signé de la mienne;* et il déclare ne pas se souvenir de quelle main sont ces mots.

Pendant cette instruction, Caperan père et fils appellent du jugement du 8 juin.

Le 28 décembre, arrêt qui surseoit à statuer sur leur appel, jusqu'après le jugement à intervenir sur le procès en faux principal.

Cependant des mandats d'arrêt sont décernés contre Caperan père et fils; et ils sont suivis d'ordonnances de prise de corps, par l'effet desquelles l'affaire est portée à la chambre d'accusation de la cour de Toulouse.

Avant que la cour de Toulouse ait prononcé, Caperan père meurt en prison.

Le 8 mai 1812, arrêt qui met Caperan fils en état d'accusation.

Le 9 juin de la même année, Caperan fils n'ayant pour adversaire que le ministère public, faute par les héritiers Roux de s'être rendus parties civiles, est mis en jugement devant la cour d'assises du département de la Haute-Garonne.

Le même jour, le jury prononce en ces termes: « Non, la déclaration du 25 décembre » 1791, attribuée à feu Guillaume Roux, faite » en faveur de Pierre Caperan, propriétaire » de Saint-Martin du-Touch, au sujet de la » métairie de la Boriette, *n'est point fausse* » *ni faussement fabriquée* ».

D'après cette déclaration, le président de la cour d'assises rend une ordonnance qui acquitte Antoine Caperan de l'accusation portée contre lui.

Les choses en cet état, Antoine Caperan reprend l'instance pendante devant la cour de Toulouse, sur son appel du jugement du 8 juin 1811. Il fait signifier le rapport des experts qui a déclaré fausse la signature *Roux*, apposée à l'écrit du 25 décembre 1791; et il conclud à ce que, vu la déclaration du jury et l'ordonnance d'acquittement rendue par le président de la cour d'assises, les héritiers Roux soient déclarés non-recevables dans la dénégation qu'ils font de la signature dont il s'agit; subsidiairement, à ce qu'avant faire droit, il soit admis à faire procéder à une nouvelle expertise et à la fortifier par une preuve testimoniale.

Les héritiers répondent que ni la déclaration du jury ni l'ordonnance d'acquittement ne peuvent leur être opposées, parcequ'ils n'ont pas été parties au procès criminel; qu'Antoine Caperan n est recevable, ni à provoquer un nouveau rapport d'experts, ni à offrir une preuve testimoniale qu ils n'a pas offerte en première instance; qu'au surplus, la signature *Roux* fût-elle vraie, il résulterait des faits nombreux qu'ils articulent, qu'elle a été surprise par des manœuvres frauduleuses; qu'enfin, dans la même hypothèse, la déclaration portant cette signature, serait encore nulle, parcequ'il n'y est pas énoncé qu'elle a été faite double.

Le 12 août 1812, arrêt ainsi conçu:

« La fin de non-recevoir proposée par la partie de Dubernard (Antoine Caperan), est-elle fondée? Faut-il ordonner une nouvelle vérification et accueillir la preuve vocale offerte par la partie de Duberuard?

» Ou bien faut-il, sur ce qui résulte de la

vérification des experts-écrivains, rejeter la déclaration attribuée à feu Roux, et maintenir le jugement dont est appel?

» Attendu, sur la première question, que la fin de non-recevoir proposée par Caperan, est puisée dans la déclaration du jury, de laquelle il résulte que la déclaration du 25 décembre, attribuée à feu Roux, faite en faveur de Pierre Caperan, au sujet de la métairie de la Boriette, n'est point fausse ni faussement fabriquée, et dans l'ordonnance du président de la cour d'assises qui acquitte Antoine Caperan de l'accusation portée contre lui; que, si les héritiers Roux s'étaient portés pour parties civiles dans la poursuite de l'instance criminelle, sur laquelle est intervenue la déclaration du jury et l'ordonnance du président qui acquitte, on pourrait leur opposer, sous ce rapport, cette ordonnance; mais qu'ils n'ont point été parties dans ladite poursuite criminelle, la procédure n'a pas été faite avec eux, ils n'ont point produit de pièces de comparaison, ils n'ont point eu d'experts de leur choix qui, éclairés par leurs instructions, aient été à portée de vérifier et décider, conjointement avec ceux de Caperan, le point litigieux; et dès-lors les héritiers Roux sont fondés à invoquer la maxime, *res inter alios judicata, aliis nocere non potest*. La cour de cassation a consacré ces principes par un arrêt du 3 juin 1808; elle les avait encore reconnus le 21 messidor an 9, en considérant qu'en matière de grand criminel, il suffit que le délit ne soit pas constant pour que l'accusé soit renvoyé, tandis qu'en matière civile, il faut que le titre soit incontestablement reconnu être l'ouvrage de ceux à qui il est opposé. Dans l'affaire criminelle, la société étant seule demanderesse et Caperan défendeur, la loi imposait au ministère public de justifier l'accusation; et parcequ'il aurait négligé de fournir des preuves suffisantes, ou que ces preuves n'auraient pas paru telles qu'il les fallait pour asseoir une condamnation à peine afflictive et infamante, faudrait-il interdire à une partie intéressée, qui n'aurait pas été partie dans la poursuite criminelle, le droit de repousser une demande injuste au fond, lors surtout qu'il s'agit d'une pièce privée qui, déniée par le prétendu signataire ou ses héritiers, ne peut plus faire foi, qu'après avoir subi, en justice l'épreuve d'une vérification légale faite contradictoirement avec le prétendu signataire ou ses héritiers, pièce qui d'ailleurs pourrait être fausse par des moyens autres que ceux qui ont été soumis au jury. Dans l'instance civile, les rôles ont changé; Caperan est devenu demandeur; c'est donc à lui à justifier ses demandes, non par une prétendue fin de non-recevoir qui ne pourrait jamais être admise de la part d'un demandeur, mais en prouvant, dans les formes établies par le Code judiciaire, que la déclaration privée dont il réclame l'exécution, était réellement l'ouvrage de feu Roux. D'après le Code, et même d'après la loi ancienne, des héritiers auxquels on présente un billet souscrit du nom de celui dont il est écrit, ne pouvaient être condamnés à en payer le montant, que dans le cas où ils reconnaîtraient l'écriture pour être celle de leur auteur; et s'ils la méconnaissaient, ils ne pouvaient être condamnés que dans le cas où il serait vérifié par pièces de comparaison, par experts respectivement nommés, que l'écriture ou du moins la signature est du défunt. On objecterait donc vainement qu'en n'ayant aucun égard à la déclaration du jury, on court le risque d'une contrariété d'arrêts. Mais il n'y a véritablement contrariété d'arrêts, que lorsque les arrêts sont rendus entre les mêmes personnes et au même titre. La disposition législative qui ouvre aux parties non appelées et qui auraient dû l'être, la voie de la tierce-opposition, annonce assez que la chose jugée d'une manière à l'égard de Titius, peut être jugée différemment avec Mevius; et il est si peu vrai qu'il puisse y avoir contrariété d'arrêts, que la déclaration du jury n'empêcherait pas le ministère public de poursuivre, contre d'autres individus, la même accusation de faux. Que résulterait il d'ailleurs de la déclaration du jury? Rien autre chose, si ce n'est qu'il n'était pas assez démontré que la pièce fût fausse. Que résulterait-il de l'arrêt qui rejeterait cette pièce? Seulement qu'Antoine Caperan, demandeur en vérification, tenu de prouver la vérité de son titre, n'a point établi cette vérité; dès-lors, la fin de non recevoir ne peut avoir aucun fondement.

» Sur la seconde question, considérant qu'un jugement rendu sur la déclaration faite par ses héritiers, comme l'écrit signé Roux n'était ni l'ouvrage, ni la signature dudit Roux, ordonne que, par experts et sur pièces de comparaison, il serait procédé à la vérification de cette signature. Les experts nommés ont, sur pièces de comparaison admises, déclaré que la signature attribuée audit Roux, n'était point sa signature, et qu'il n'y avait aucune ressemblance entre cette signature et celles des pièces de comparaison. Cette relation ayant été communiquée après l'appel, il ne résulte pas d'autres motifs, que le jugement dont est appel, qui rejette la déclaration attribuée audit Roux, ait fait une juste applica-

tion de la loi. Quant à la seconde vérification demandée, il n'existe aucun motif plausible pour l'ordonner, dès que la première est régulière et présente tous les caractères propres à convaincre les magistrats. Il en est de même de la preuve vocale; outre que la loi laisse aux juges la faculté de l'ordonner, elle aurait dû être demandée en première instance, en même temps que la vérification par comparaison d'écritures. Ce n'est pas après avoir épuisé un genre de preuves, qu'il est permis de recourir à un second, encore moins le demander en cause d'appel. C'est en première instance que Caperan pouvait demander le concours de ces deux genres de preuves.;

» Considérant enfin, que, d'après la relation des experts, d'après l'inspection de la pièce, de son état matériel et des pièces de comparaison, d'après les circonstances de la cause et les débats sur les faits qui ont eu lieu à l'audience, la cour fut convaincue que cette déclaration n'était ni ne pouvait être l'ouvrage de feu Roux; il est inutile de recourir à de nouveaux éclaircissemens, lorsque ceux que la cour a déjà, démontrent que cette déclaration ne saurait être attribuée à feu Roux; ils lui auront paru suffisans pour se convaincre de la nécessité du rejet de cette pièce, indépendamment du dol et de la fraude dont elle serait entachée, et dont la cour n'aurait pu s'empêcher de trouver la preuve dans la nombreuse série des faits reconnus constans et propres à démontrer le dol....;

» Par ces motifs, la cour, sans avoir égard à la fin de non-recevoir proposée par Antoine Caperan, et au surplus de ses conclusions, et s'en démettant, vu ce qui résulte du rapport des experts; vu qu'Antoine Caperan ne prouve pas la vérité de la déclaration; icelle rejetant par tous les moyens de droit et de fait coartés par les héritiers Roux, démet Antoine Caperan de son appel... ».

Antoine Caperan se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Si l'arrêt qui vous est dénoncé (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 8 septembre 1813) ne pouvait être justifié que par le motif auquel le demandeur oppose l'autorité de la chose jugée, le succès de la requête en cassation qui vous occupe en ce moment, nous paraîtrait assuré.

» Vous en avez, en quelque sorte, préjugé à l'avance l'admission, par le rejet que vous avez prononcé, le 16 mars dernier, au rapport de M. Favard de Langlade, de celle que vous présentait alors le sieur Tourangin contre un arrêt de la cour de Bourges.... (1).

» Quelle différence y a-t-il entre l'espèce dans laquelle a été rendu cet arrêt, et l'espèce actuelle?

» Il y en aurait sans doute une très-grande, si, dans l'espèce actuelle, le jury s'était borné à déclarer qu'il n'était pas constant que l'acte sous seing-privé du 25 décembre 1791 fût faux ou faussement fabriqué. L'espèce actuelle rentrerait alors dans celle de l'arrêt de la cour du 21 messidor an 9; et alors, la cour de Toulouse eût dû dire à Antoine Caperan, comme le tribunal d'appel de Paris avait dit à Louis Godier: juger qu'il n'est pas constant qu'un acte soit faux, ce n'est pas juger qu'il est vrai; c'est seulement juger que la fausseté n'en a pas été prouvée par le ministère public. Le ministère public était demandeur contre vous; c'était à lui à rapporter les preuves de votre culpabilité; il ne l'a pas fait, vous avez donc dû être acquitté. Mais aujourd'hui, les rôles sont changés. De défendeur que vous étiez dans le procès criminel, vous êtes devenu demandeur dans le procès civil; et pour que vous obteniez l'effet de votre demande, il ne vous suffit pas d'établir qu'il n'est pas constant que le billet dont vous vous prévalez, soit faux; il est nécessaire, et il l'est indispensablement, que vous prouviez que ce billet est vrai. Or, vous ne le pouvez pas; vous devez donc succomber au civil, quoique vous ayez triomphé au criminel.

» Mais, dans l'espèce actuelle, le jury ne s'est pas borné à dire qu'il n'était pas constant que l'acte du 27 décembre 1791 fût faux: il a dit très positivement, il a dit, dans les termes les plus affirmatifs, que cet acte n'est ni faux ni faussement fabriqué. Il a conséquemment dit que cet acte est vrai; car il y a bien un milieu entre ces deux propositions: *il n'est pas constant que tel acte soit faux*, et *tel acte est vrai*; et ce milieu consiste à dire *qu'il n'est pas plus constant que l'acte soit vrai qu'il n'est constant qu'il soit faux*. Mais entre ces deux propositions, *tel acte est faux*, *tel acte est vrai*, il n'y a point de milieu possible; ces deux propositions ont entr'elles le même rapport que le *oui* et le *non*; et de ce qu'un acte n'est pas faux, il s'ensuit nécessairement qu'il est vrai; comme de ce qu'il est vrai, il s'ensuit nécessairement qu'il n'est pas faux.

» Il n'y a donc pas la plus légère différence entre l'espèce actuelle et celle de votre arrêt du 17 mars dernier; et dès-là, nulle possibilité d'écarter de l'espèce actuelle le principe que vous avez consacré par cet arrêt.

» Il y a même ici un motif de plus pour juger comme vous l'avez fait dans l'affaire du sieur Tourangin.

(1) *V.* le n°. précédent.

» Dans l'affaire du sieur Tonrangin, nous disions que, si le sieur Charret eût été déclaré coupable de vols par le jugement et l'arrêt intervenus dans le procès correctionnel où le sieur Tourangin ne s'était pas rendu partie, le sieur Charret n'eût pas pu être admis à remettre en question, dans l'instance civile, la réalité des vols qui lui avaient été imputés.

» Et ici, c'est la loi elle-même qui vous dit que, si Antoine Caperan eût été déclaré coupable de faux par la cour d'assises, Antoine Caperan n'aurait plus aucun moyen de soutenir, devant le tribunal civil, la vérité de l'acte du 25 décembre 1791; et comment vous le dit-elle? En ordonnant, art. 241 du Code de procédure civile, *la suppression*, *la lacération*, ou *la radiation en tout ou en partie des pièces déclarées fausses*. De là, en effet, il résulte que le même arrêt qui aurait déclaré faux l'acte du 25 décembre 1791, aurait ordonné qu'il fût lacéré; et dès-lors, il eût été bien impossible à Antoine Caperan de reproduire cet acte devant le tribunal civil; il eût été bien impossible que l'arrêt qui, en l'absence des héritiers Roux, aurait déclaré Antoine Caperan coupable, n'eût pas, en faveur des beritiers Roux, la même autorité de chose jugée que s'ils y eussent été parties.

» Eh! Comment les héritiers Roux qui, dans cette hypothèse, pourraient opposer à Pierre Caperan le jugement par lequel, en leur absence, il aurait été condamné comme faussaire, pourraient-ils, le cas contraire étant arrivé, empêcher Pierre Caperan de leur opposer le jugement par lequel, en leur absence, il a été acquitté? Il ne peut pas y avoir, en cette matière, plus qu'en toute autre, deux poids et deux mesures

» Mais, dit la cour de Toulouse, le jugement qui a déclaré Pierre Caperan non coupable de faux, ne peut pas déroger à la règle générale d'après laquelle tout demandeur en reconnaissance d'une signature privee, est tenu de justifier, en cas de dénégation, que cette signature est véritable.

» Non sans doute, il ne dérogerait pas à cette règle, non sans doute il ne la ferait pas fléchir, ou, pour parler plus juste, il n'en rendrait pas l'application inutile et sans objet, s'il avait déclaré Pierre Caperan non coupable, sur l'unique fondement qu'il n'était pas prouvé que la pièce arguée de faux, fût fausse. Mais ce n'est point là ce qu'il a fait; il a déclaré Pierre Caperan non coupable, sur le fondement que la pièce arguée de faux, était vraie. La vérité de la pièce est donc la conséquence nécessaire de ce jugement. La vérité de la pièce ne peut donc plus être remise en question.

» La cour de Toulouse s'appuie sur la distinction que nous avons faite, dans l'affaire de la prétendue dame Douhaut (1), entre le jugement rendu sur une accusation de faux en écriture authentique, et le jugement rendu sur une accusation de faux en écriture privée.

» Mais cette distinction, nous ne l'avons faite que relativement au cas où le jugement qui acquitte de l'accusation, déclare seulement qu'il n'est pas prouvé que la pièce soit fausse. Dans ce cas, avons-nous dit, si la pièce est authentique, le jugement qui déclare le faux non prouvé, entraîne nécessairement la condamnation civile du signataire de la pièce, parceque la pièce fait foi par elle-même, et que, d'après l'art. 214 du Code de procédure civile, elle ne peut plus être attaquée, ni par plainte en faux principal, ni par inscription de faux incident. Si, au contraire, la piece est sous seing-privé, le jugement qui declare le faux non prouvé, laisse cette pièce dans l'état où elle est par elle-même. Or, par elle-même, cette piece ne fait foi qu'autant qu'elle est reconnue ou vérifiée. Le jugement qui declare non prouve le faux dont elle a été arguée, ne dispense donc pas le porteur de cette pièce de justifier qu'elle est vraie.

» Cette distinction est-elle applicable à l'espèce actuelle? Non, car dans l'espèce actuelle le jugement rendu en faveur d'Antoine Caperau, ne déclare pas seulement le faux non prouvé; il déclare positivement que la pièce arguee de faux, n'est pas fausse: il la déclare donc véritable; il la dispense donc de toute vérification ultérieure.

» Mais, dit encore la cour de Toulouse, indépendamment de l'arrêt de la cour de cassation, du 29 messidor an 9, par lequel il est décidé que le jugement criminel qui déclare non constant le faux dont a été arguée une piece sous seing-privé, ne dispense pas le porteur de cette pièce d'en faire la vérification devant les juges civils, il existe un autre arrêt de la même cour, du 3 juin 1808, qui decide, en termes généraux et absolus, qu'*en matière criminelle*, *un jugement n'existe que vis-à-vis de ceux avec qui il a été rendu*.

» Quelle est donc l'espèce de ce dernier arrêt? Un ruisseau coule entre deux terrains, l'un appartenant au sieur Mathieu Roux, l'autre appartenant au sieur Charles. Le sieur Mathieu Roux est cité devant le tribunal de police, pour avoir empiété sur ce ruisseau, qui forme, dit-on, une *propriété publique*. Le sieur Mathieu Roux comparait; dans sa

(1) *V.* l'article *Chose jugée*, § 15.

défense, il ne nie pas la qualité de propriété publique attribuée au ruisseau, et il est condamné. Le sieur Charles, s'imaginant que, par là, il est jugé que le ruisseau est une propriété publique, forme une tierce-opposition au jugement. Déclaré non-recevable par le tribunal de police, il se pourvoit en cassation. Mais son recours est rejeté, au rapport de M. Lombard, *attendu que les tribunaux de police ne sont institués que pour prononcer sur les délits que la loi a placés dans leurs attributions ; que les délits sont personnels ; qu'il en est de même des condamnations qu'ils entraînent ; qu'en matière criminelle, un jugement n'existe que vis-à-vis de ceux avec qui il a été rendu ; que, dans cette matière, la tierce-opposition ne peut donc être admise; que le demandeur en cassation n'ayant pas été compris dans la poursuite dirigée par le commissaire de police, contre Mathieu Roux ni dans les jugemens rendus sur cette poursuite, ces jugemens ne peuvent, dans aucun cas, lui être opposés ; que d'ailleurs la tierce-opposition par lui formée contre ces jugemens, ne peut avoir qu'un intérêt civil; qu'elle tendait donc à saisir le tribunal de police d'une action sur laquelle il était radicalement incompétent.*

» Quel rapport cet arrêt peut-il avoir avec notre espèce? Aucun ; et parmi les nombreuses différences qui existent entre l'un et l'autre, il en est une que nous devons spécialement signaler.

» Si le sieur Charles s'était trouvé en instance devant un tribunal civil, sur la qualité du ruisseau qui traversait son terrain, au moment où le commissaire de police poursuivait le sieur Mathieu Roux, devant le tribunal de police, comme prévenu d'avoir empiété sur ce ruisseau, le tribunal civil aurait-il dû, d'après l'art. 8 du Code du 3 brumaire an 4, renouvelé par l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, surseoir à statuer, envers le sieur Charles, sur la question de savoir à qui appartenait le ruisseau, jusqu'à ce que le tribunal de police eût prononcé sur l'action publique intentée contre le sieur Mathieu Roux? Non, et bien loin de là : il n'eût pas même dû y surseoir, si le sieur Charles eût été compris, avec le sieur Mathieu Roux, dans les poursuites du ministère public. Car, dans cette affaire, ce n'était pas le criminel qui emportait le civil ; c'était au contraire le civil qui emportait le criminel.

» Mais dans notre espèce, la cour de Toulouse aurait-elle pu se dispenser de surseoir à l'action civile d'Antoine Caperan, jusqu'à ce qu'il eût été statué sur la plainte en faux principal que le ministère public avait portée contre lui? Aurait-elle pu s'en dispenser, sous le prétexte que les héritiers Roux ne s'étaient pas rendus parties civiles sur cette plainte? Non assurément ; et si elle l'eût fait, son arrêt eût dû être cassé d'après l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, comme l'a été, dans un cas semblable, le 18 novembre 1812, au rapport de M. Zangiacomi, l'arrêt de la cour de Paris, du 28 janvier précédent.

» Donc l'action criminelle intentée contre Antoine Caperan par le ministère public seul et sans le concours des héritiers Roux, n'en était pas moins préjudicielle à l'action civile d'Antoine Caperan, que si les héritiers Roux se fussent joints au ministère public pour l'accuser de faux.

» Donc le jugement rendu sur cette action, en l'absence des héritiers Roux, ne lie pas moins les héritiers Roux que s'ils s'y étaient rendus parties.

» Donc encore une fois, les principes qui vous ont déterminés, le 17 mars dernier, à rejeter le recours en cassation du sieur Tourangin, sont décisifs et péremptoires pour Antoine Caperan.

» Et remarquez, Messieurs, que ces principes sont implicitement confirmés par l'exception que le Code civil s'est cru obligé d'y apporter pour un cas spécial.... (1).

» Mais, quoique de tout cela il résulte bien clairement que l'arrêt attaqué *se* trouve, par son premier motif, en opposition diamétrale avec la loi, ne devez-vous pas cependant le maintenir d'après les autres motifs qui l'appuient?

» Nous disons, d'après *les autres motifs ;* car la cour de Toulouse en a évidemment ajouté deux au premier.

» D'abord, elle déclare, dans le préambule de son arrêt, que, si les faits constatés par l'expertise ordonnée en première instance, *lui ont paru suffisans pour se convaincre de la nécessité de rejeter* la prétendue déclaration du sieur Roux du 25 décembre 1791, c'est *indépendamment du dol et de la fraude dont elle serait entachée, et dont la cour n'aurait pu s'empêcher de trouver la preuve dans la nombreuse série de faits* RECONNUS CONSTANS ET PROPRES A DÉMONTRER LE DOL.

» Ensuite, dans son dispositif, elle rejette la déclaration du 25 décembre 1791, non-seulement *vu ce qui résulte du rapport des experts*, non-seulement *vu qu'Antoine Cape-*

(1) *V.* la discussion sur les art. 234 et 235 du code civil, dans le plaidoyer du 30 avril 1807, rapporté aux mo *Chose jugée*, §. 15.

ran ne prouve pas la vérité de cette déclaration, mais encore *par* TOUS *les moyens de droit et de fait coartés par les héritiers Roux*: et conséquemment elle adopte TOUS *les moyens de droit et de fait* que les héritiers Roux employaient pour la faire rejeter.

» Or, quels *moyens de droit et de fait* les héritiers Roux employaient-ils pour faire rejeter la déclaration du 25 décembre 1791?

» Ils disaient que cette déclaration était fausse, et c'était pour eux un premier moyen de fait.

» Ils disaient que la fausseté de cette déclaration n'était pas couverte par la délibération du jury qui l'avait jugée non fausse; et c'était pour eux un premier moyen de droit.

» Ils disaient que cette déclaration, si elle était vraie, avait été surprise au sieur Roux par des manœuvres frauduleuses, et c'était pour eux un deuxième moyen de fait.

» Ils disaient enfin que cette déclaration, toujours en la supposant vraie, était nulle, *comme n'étant pas faite double, bien que synallagmatique*; et c'était pour eux un second moyen de droit.

» Qu'en adoptant le premier moyen de fait et le premier moyen de droit, la cour de Toulouse ait violé l'art. 1350 du Code civil, relatif à l'autorité de la chose jugée, c'est ce que nous croyons avoir démontré complètement.

» Mais 1°. quelle loi a-t-elle violée, en adoptant le second moyen de fait, c'est-à-dire, celui que les héritiers Roux tiraient des manœuvres frauduleuses qu'ils prétendaient avoir été employées pour surprendre au défunt la déclaration du 25 décembre 1791? Bien évidemment elle n'a pu, en cette partie, violer aucune loi. D'une part, elle a déclaré que les faits de dol et de fraude articulés par les héritiers Roux, étaient *constans*; et de l'autre, l'art. 1109 du Code civil dit expressément *qu'il n'y a point de consentement valable, si le consentement a été surpris par dol*.

» 2° Quelle loi a-t-elle violée, en adoptant le second moyen de droit, c'est-à-dire, celui que les héritiers Roux tiraient de ce que la déclaration du 25 décembre 1791 n'était pas double? Elle aurait certainement, par une fausse application de l'art. 1325 du Code civil, violé l'art. 1322 du même Code, si la déclaration du 25 décembre 1791 ne devait pas être considérée comme synallagmatique. Mais tous les caractères d'une convention synallagmatique ne se réunissent-ils pas dans cette déclaration?

» Pour bien apprécier cette déclaration, il ne faut pas perdre de vue un fait qui est énoncé dans l'arrêt de la cour de Toulouse, comme prouvé authentiquement: c'est que le sieur Roux était devenu, par le procès-verbal d'adjudication du 10 avril 1791, propriétaire du domaine de la Boriette.

» La propriété de ce domaine une fois fixée dans les mains du sieur Roux, n'a certainement pu en sortir pour passer dans celles de Pierre Caperan, que par un acte formel et positif.

» Cet acte, où est-il? Antoine Caperan ne peut le placer, et il ne le place effectivement que dans la déclaration du 25 décembre 1791. Il ne dit pas que cette déclaration ait été précédée d'un autre acte, par lequel le sieur Roux se fût obligé de vendre le domaine de la Boriette à son père, moyennant la somme pour laquelle il l'avait personnellement acquis. Il reconnaît donc que cette déclaration qui, par elle-même, ne présente qu'un contrat d'antichrèse, doit réellement être considérée comme une promesse faite par le sieur Roux de vendre le domaine de la Boriette à Pierre Caperan.

» Or, une promesse de vendre suppose nécessairement une promesse d'acheter. *La promesse de vente vaut vente*, dit l'art. 1589 du Code civil, *lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix*. Il faut donc un consentement réciproque, pour qu'il y ait promesse valable de vente. La promesse de vente est donc une convention synallagmatique; elle est donc nulle, aux termes de l'art. 1325 du Code civil, si elle n'est faite double. La déclaration du 25 décembre 1791 a donc pu, par cela seul qu'elle n'était point double, être déclarée nulle par la cour de Toulouse.

» On peut, il est vrai, opposer à cette dernière conséquence, que la déclaration du sieur Roux porte une date bien antérieure au Code civil; et que la disposition de l'art. 1325 de ce Code, étant contraire aux lois romaines qui, à l'époque de la date de cette déclaration, régissaient le ressort de la cour de Toulouse, a dû être considérée par la cour de Toulouse comme introductive d'un droit nouveau pour son ressort.

» Mais la cour de Toulouse n'a-t-elle pas pu juger que la jurisprudence avait, sur ce point, devancé le Code civil dans le Languedoc, comme elle l'avait bien constamment devancé dans tout le ressort du parlement de Paris?

» Ce qu'il y a de certain, c'est qu'indépendamment des nombreux arrêts du parlement de Paris qui, sous l'ancien régime, avaient jugé que les actes sous seing-privé étaient nuls, lorsque, contenant des obligations synallagma-

tiques, ils n'étaient pas faits doubles, il en avait été rendu de semblables, non-seulement au parlement de Rouen, comme nous le voyons dans le *Dictionnaire de droit Normand*, aux mots *Double écrit*, mais encore au parlement de Bordeaux, comme nous le voyons dans le Recueil de Salviat, au mot *Police*. Or, tout le monde sait que le ressort du parlement de Bordeaux etait régi par les lois romaines, ni plus ni moins que le ressort du parlement de Toulouse. Il ne serait donc pas étonnant que, relativement à la nécessité de faire doubles les actes sous seing-prive contenant des obligations synallagmatiques, le parlement de Toulouse eût, comme celui de Bordeaux, modelé sa jurisprudence sur celle du parlement de Paris, et que, comme le parlement de Bordeaux, il se fût, sur ce point, écarté des lois romaines.

» Ce qu'il y a de certain encore, c'est que les rédacteurs de l'art. 1325 du Code civil n'ont pas entendu introduire, par cet article, un droit nouveau; et qu'ils ont presente cet article comme érigeant simplement en loi, une règle que la jurisprudence de tous les tribunaux avait consacrée depuis long-temps. C'est ainsi notamment que s'en est expliqué M. Jaubert, dans son rapport au tribunat sur le chap. 5 du titre *des contrats*, du Code civil.

» Qu'ils se soient trompés à cet égard, relativement aux tribunaux de la Belgique, c'est ce que plusieurs fois nous avons eu l'honneur de prouver à vos audiences, et c'est ce que vous avez jugé plusieurs fois.

» Mais rien ne prouve qu'ils se soient trompés de même, relativement aux tribunaux du Languedoc; et, dès-là, point de reproches à faire à la cour de Toulouse, pour avoir jugé que, dès 1791, les actes synallagmatiques sous seing-prive, non faits doubles, étaient nuls en Languedoc, comme ils l'étaient en Guyenne, comme ils l'étaient en Normandie, comme ils l'étaient dans la presque universalité du territoire français.

» Enfin, Messieurs, quand nous supposerions que l'acte du 25 décembre 1791 n'eût pas pu être annule sur le fondement qu'il n'aurait pas été fait double, on serait du moins forcé de convenir qu'il a pu l'être sur le fondement que, tel qu'il est conçu, il ne renferme aucune obligation de la part de Pierre Caperan envers le sieur Roux, ou, en d'autres termes, sur le fondement que, par cet acte, le sieur Roux s'oblige bien de vendre le domaine de la Boriette à Pierre Caperan, mais Pierre Caperan ne s'oblige pas de le lui acheter. Car c'est un principe élementaire, que la promesse de vendre n'est pas obligatoire pour celui qui la fait, si elle n'est accompagnée de la promesse d'acheter de la part de celui à qui elle est faite (1).

» En deux mots : ou l'acte du 25 décembre 1791 est synallagmatique, ou il ne l'est pas. S'il est synallagmatique, il a pu être jugé nul, parcequ'il n'est pas fait double. S'il n'est pas synallagmatique, il a encore pu, il a même dû être jugé nul, précisement parcequ'il ne s'y trouve pas une reciprocité d'obligation.

» En dernière analyse, vous voyez, Messieurs, qu'autant il est évident que l'arrêt contre lequel réclame Antoine Caperan, viole la loi par l'adoption du premier moyen de fait et du premier moyen de droit des héritiers Roux, autant il est evident que ce même arrêt ne viole aucune loi par l'adoption du second moyen de fait et du second moyen de droit des mêmes héritiers.

» Et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur, avec amende ».

Par arrêt du 8 septembre 1813, au rapport de M. Botton de Castellamonte,

« Attendu que l'arrêt denoncé a, dans son dispositif, adopté tous les moyens de fait et de droit proposés par les heritiers Roux, et qu'au nombre de ces moyens, on trouve dans la partie narrative ceux pris de ce que l'acte du 25 decembre 1791 n'avait pas ete fait double, et du dol et de la fraude qui le viciaient;

» Que la cour de Toulouse, en envisageant le susdit acte comme synallagmatique et par conséquent comme ayant dû être fait double, n'a fait autre chose qu'en interpreter les clauses et lui appliquer les principes qui etaient deja reçus en France lors du contrat;

» Que la même cour, en appréciant, comme elle l'a fait, les circonstances d'où, suivant elle, résultaient le dol et la fraude, n'a violé aucune loi;

» Que ces observations suffisant pour mettre l'arrêt denoncé à l'abri de la cassation, il est inutile de s'occuper des moyens présentés par le demandeur à l'appui de sa requête;

» La cour rejette le pourvoi... ».

XVII. L'héritier *ab intestat* qui a fait déclarer un testament faux par un jugement criminel, est-il fondé à soutenir, d'après la regle *Non bis in idem*, que ce jugement a l'autorité de la chose jugée contre *les héritiers institués et les légataires qui n'y ont pas été parties ?*

V. Le plaidoyer et l'arrêt du 8 avril 1812, rapportés au mot *Testament*, sect. 5.

(1) *V.* l'article *Vente*, §. 7, n°. 5.

XVIII. La règle *Non bis in idem* est-elle applicable aux jugemens rendus par contumace?

V. l'article *Contumace*, §. 3, n°. 6.

XIX. D'autres questions relatives à cette matière, sont traitées aux mots *Chose jugée*, §. 14, 15, 16 et 20, n°. 2; *Ministère public*, sect. 5, §. 5; *Notaire*, §. 3; et dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Délit*, §. 2, et *Non bis in idem*.]]

NONCE. *V.* l'article *Ministre public*.

NONES. *V.* l'article *Ides*.

* NONOBSTANT (*Contrat de*). On appelait ainsi autrefois, en Lorraine, une sorte de contre lettre, qu'une ordonnance du duc Léopold, du 8 mars 1723, enregistrée à la cour souveraine de Nancy, le 15 du même mois, avait prohibée en ces termes:

« Léopold.... Entre les différens abus que la malice ou l'ignorance ont introduits dans nos États pendant des temps de trouble, nous en trouvons un dans les substitutions qui se font en fait de vente d'immeubles, qui nous a paru digne d'être réformé. Quoique la vérité doive éclater dans toutes les stipulations, il s'en fait néanmoins où elle est entièrement éludée par un acte formé séparément de celui de vente, dans lequel, après que le notaire ou tabellion a déclaré formellement que l'acquéreur a payé tout le prix de son acquisition, ou que la vente est pure et simple, il stipule en même temps, par un acte à part, en forme de contre-lettre, à laquelle le vulgaire a donné le nom de *Contrat de Nonobstant*, que le vendeur se réserve la faculté de réméré, et que le tout ou partie du prix n'a point été payé; qu'il reste encore dû au vendeur; et que, pour sûreté de son paiement, il se réserve privilége et hypothèque spéciale sur le bien vendu. La contradiction frauduleuse de ces actes, dont les énonciations se détruisent mutuellement, est condamnable, non seulement par le faux qu'elle renferme, mais encore parcequ'elle tend un piége ruineux à ceux qui, sur la vue du contrat d'acquisition quittancé, prêtent facilement leurs deniers à l'acquéreur, en se croyant assurés d'une hypothèque sur le bien acquis, laquelle se trouve réellement inutile par les réserves portées dans le second acte ou contrat de Nonobstant, ou acquièrent, comme bien libre, un immeuble rachetable. Le désir que nous avons de faire régner la bonne foi dans tous les actes de la société civile, ne nous permet pas de tolérer un usage aussi abusif.

» A ces causes..., nous avons fait et faisons très-expresses inhibitions et défenses à tous tabellions et notaires, de recevoir ni passer, en matière de vente et d'achat d'immeubles, dont le prix n'aura pas été payé comptant, ou pour lequel on sera convenu d'une faculté de réméré, deux actes séparés, l'un pour rendre le contrat de vente pur et simple ou quittancé, l'autre pour réserver la faculté de réméré, ou le dû de la totalité ou de la partie du prix de la chose vendue: leur enjoignons, au contraire, de rédiger en un seul et même acte toutes les conventions des parties, et notamment d'y exprimer s'il y a faculté de réméré, et si le prix de la vente reste dû pour le tout ou pour partie, sauf à l'acquéreur de faire quittancer son contrat d'acquisition, à mesure qu'il fera les paiemens du prix qui en restera dû. Déclarons tous contrats de Nonobstant et tous autres actes, de quels noms qu'ils puissent être appelés, qui seront faits à l'avenir, séparément de celui de vente et d'achat d'immeubles, pour en modifier, restreindre, ou anéantir les clauses, nuls et de nul effet de valeur. Voulons que les parties qui les auront fait faire, et les tabellions ou notaires qui les auront reçus, soient condamnés chacun en 500 francs d'amende envers nous, et que lesdits tabellions et notaires soient en outre, pour la première fois, interdits de leurs fonctions pour six mois, et privés de leurs offices pour toujours en cas de récidive; dérogeant à tous édits, ordonnances, us et coutumes faisant au contraire ». (M. Guyot)*

[[Cette loi n'a plus, par elle-même, aucune autorité; cela résulte de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12; et de là naît la question de savoir quel serait le sort d'un *contrat de Nonobstant* qui se ferait aujourd'hui?

Cette question sera traitée, pour la faculté de rachat, sous le mot *Transcription*; et pour la reconnaissance que le prix n'est point payé au vendeur, sous les mots *Privilége de créance*.]]

* [[NOTAIRE. (1) L'importance des fonctions de Notaire exige que l'on donne quelque développement à cet article. Il sera divisé en neuf paragraphes.

Le premier traitera de l'origine et de l'établissement des Notaires, avant la loi d'organisation du 25 ventôse an 11;

(1) Cet article, à l'exception de ce qui s'y trouve entre deux doubles crochets, appartient à M. Favart, baron de Langlade, conseiller à la cour de cassation, ci-devant membre du tribunat, section de législation, auteur du *Répertoire de la législation du notariat*, etc.

Le second, du caractere et des fonctions des Notaires depuis leur derniere organisation ;

Le troisieme, de la durée des fonctions des Notaires, des causes pour lesquelles ils peuvent être suspendus ou destitues, et de leur incompatibilité avec d'autres places ;

Le quatrieme, du nombre, du ressort et de la résidence des Notaires ;

Le cinquième, des devoirs particuliers qui sont imposés aux Notaires dans l'exercice de leurs fonctions ;

Le sixième, des bonoraires et vacations dus aux Notaires ;

Le septième, des peines qu'encourent les Notaires pour les nullités d'actes faits en contravention aux règles qui leur sont prescrites ;

Le huitieme, de l'admission, de l'installation et du cautionnement des Notaires ;

Le neuvieme, des chambres de discipline des Notaires.

§. I. *De l'origine et de l'établissement des Notaires, avant la loi du 25 ventôse an 11.*

On a élevé de grands débats sur l'origine et l'etablissement du Notariat, sans pouvoir s'accorder sur plusieurs points, ni fixer d'une manière positive l'epoque à laquelle il prit naissance.

Ce qui parait certain, c'est que le titre de *Notaire* a eté inconnu chez plusieurs peuples de l'antiquité, et que celte institution n'a jamais existé chez les anciens, telle que nous la voyons en France.

Dans les premiers siècles, les conventions n'étaient que verbales. On contractait seulement en présence de témoins, ou dans la forme qui se pratique encore aujourd'hui dans quelques contrees de l'Afrique et de l'Amérique septentrionale : les parties se rendent dans le lieu le plus frequenté : et là, ils traitent, ils concluent, et ils interpellent ensuite tous les passans de se souvenir de ce qu'ils ont vu et entendu, et d'en rendre leur temoignage au besoin.

La difficulté de prouver les engagemens contractés de cette manière, s'accrut à mesure que la civilisation multiplia les rapports des hommes entre eux, et, par-là, donna plus de prise à la mauvaise foi ; on sentit la nécessité d'avoir des traces moins fugitives des conventions, que la mémoire de temoins étrangers et insoucians, ou susceptibles des mêmes passions que les contractans eux-mêmes.

On eut recours à l'écriture, et il est naturel de penser que les parties écrivirent elles-mêmes leurs conventions et y apposèrent leurs sceaux.

Il n'est pas inutile d'observer ici qu'il ne faut pas toujours entendre par le mot sceaux, ce que nous nommons aujourd'hui *signature* ; le sceau n'était très-souvent que la simple apposition d'un cachet particulier à chacun, ou d'un signe ou d'une marque particulière. Souvent même, comme on l'a pratique long-temps à Rome, les parties écrivaient au bas de l'acte dressé par l'officier public, qu'elles l'approuvaient, sans y tracer leurs noms.

Cependant l'art de l'écriture etant possédé par très-peu de personnes, la ressource qu'il offrait, était interdite à la generalite des hommes. Il fallait bien que le petit nombre de ceux auxquels cet art si precieux etait familier, prêtassent leur ministère à ceux qui en étaient privés.

Quelques-uns, sans doute, le firent gratuitement, considérant cet office comme un service d'ami ; d'autres ensuite y trouvant une profession honorable et lucrative, s'etablirent scribes ou écrivains publics.

C'est ainsi que cette profession, comme toutes les autres, naquit des besoins de la societé et de l'espoir du gain pour ceux qui s'y livrèrent. L'importance des fonctions de ces écrivains fit songer à leur donner des réglemens ; ils furent bien considérés et organisés comme des officiers publics ; mais leur intervention n'ajoutait aucun caractere d'authenticite legale aux contrats qu'ils redigeaient : les actes tiraient toute leur force du sceau des parties et des témoins.

Tels furent les scribes des Hébreux, les argentiers d'Athènes, et les autres officiers de la même nature : leurs actes n'etaient considérés que comme des écrits prives ; pour les rendre authentiques, les parties étaient obligees de les présenter, devant un certain nombre de temoins, à un magistrat charge d'y apposer le sceau public.

Tels furent encore les différens officiers dont la profession était à Rome de recevoir les contrats. Ils furent nommés *Scribæ*, titre commun à tous ceux qui savaient écrire ; *Cursores* ou *Logographi*, parcequ'ils écrivaient aussi vite que la parole ; *Notarii*, parcequ'ils écrivaient par notes ; *Tabularii* ou *Tabelliones*, parcequ'ils ecrivaient sur des tablettes ; *Argentarii*, pour désigner ceux qui ne recevaient les contrats que pour quelques negociations d'argent, telles que prêt, depôt.

Il existait encore une autre espèce d'officiers appelés *Actuarii*. Chaque gouverneur de province avait auprès de lui un de ces derniers officiers pour recevoir, enregistrer et

sceller les actes, tels que les émancipations, adoptions, manumissions et testamens.

Ils étaient tous ministres des magistrats; et la distinction entre les deux juridictions, contentieuse et volontaire n'étant pas bien établie comme elle l'est aujourd'hui parmi nous, les mêmes officiers écrivaient les contrats et les sentences. Néanmoins on traduit particulièrement le mot *scribæ* par *greffiers*.

Les Notaires, *Notarii*, écrivaient leurs notes et les remettaient aux tabellions qui seuls avaient droit de rédiger l'acte sur ces notes considérées comme un simple brouillon. Cette nouvelle rédaction, appelée *completio contractûs*, formait le contrat.

Les empereurs Arcadius et Honorius érigèrent les fonctions de tabellions en charges publiques que chaque honnête citoyen devait exercer à son tour gratuitement, et qui devinrent très-onéreuses.

II. Ce fut Charlemagne qui, le premier, investit les Notaires du pouvoir d'imprimer à leurs actes le caractère de l'autorité publique. Il les nomme dans ses capitulaires *judices chartularii*; cette dénomination précise et énergique semble annoncer que ce grand prince avait conçu l'idée des Notaires tels qu'ils existent aujourd'hui.

Dans un de ces capitulaires de l'an 803, il veut que ses envoyés nomment dans chaque lieu des Notaires; dans un autre de l'an 805, il oblige les évêques, les abbés, les comtes, d'avoir chacun un Notaire.

Mais l'anarchie qui désola la France sous les règnes suivans, les guerres, les invasions, détruisirent tout l'effet qu'auraient pu produire les capitulaires de Charlemagne. Loin qu'aucune bonne institution pût prendre naissance dans ces temps d'ignorance et de barbarie, toutes celles qui existaient, furent détruites.

« Le droit de rendre justice (a dit l'orateur » du gouvernement, dans *l'exposé des motifs* » de la loi du 25 ventôse an 11, sur l'organi- » sation du notariat) s'adjugeait avec les au- » tres parties du domaine, et le dernier en- » chérisseur devenait en même temps rece- » veur des domaines et juge. Il percevait, » comme receveur, les amendes et les confis- » cations qu'il prononçait comme juge; et le » greffe et le notariat faisaient partie de l'ad- » judication. Sous un pareil régime, toutes les » idées de justice, de sûreté et de propriété » étaient anéanties ».

C'est à saint Louis qu'il était réservé de changer cet état de choses, et d'établir un meilleur ordre. Il ne semble s'être occupé que de la juridiction de Paris: les seigneurs des grands fiefs s'étant rendus indépendans, il ne pouvait pas commander la réforme chez eux par une loi; mais il la conseilla et la détermina par son exemple. Elle se fit sentir progressivement dans les provinces, en raison proportionnelle de l'empressement plus ou moins grand que les seigneurs eurent de l'imiter.

Le prévôt de Paris était alors en possession de toutes les parties de l'administration. Saint Louis le débarrassa de tout ce qui avait rapport au maniement des deniers publics, et ne lui laissa d'autre soin que celui de rendre la justice. Ce droit ne fut plus mis à l'enchère. Le roi nomma lui-même le prévôt; il chargea un receveur de l'administration du domaine; il créa soixante Notaires en titre d'office, pour recevoir les actes de la juridiction volontaire, et donner à ces actes, par leur attestation, la force et le caractère de l'autorité publique.

Il leur imposa l'obligation 1°. d'être assidus dans leurs fonctions; 2°. de ne passer aucun acte que dans le châtelet, où ils eurent une salle pour établir leurs bureaux; 3°. d'intituler tous leurs actes du nom du prévôt de Paris, et de ne parler d'eux qu'en tierce personne; 4°. d'être toujours deux pour recevoir et attester un acte, et de le porter ensemble au scelleur, qui avait aussi son bureau proche de leur salle, afin que, sur leur témoignage, cet officier y apposât, sous l'autorité du prévôt de Paris, le sceau de la juridiction du châtelet; 5°. enfin, de payer au roi les trois quarts des émolumens qu'ils recevaient pour chaque acte.

Ce paiement se faisait lors de l'application du sceau entre les mains du scelleur, qui le remettait ensuite au receveur des domaines, pour en compter à la chambre des comptes.

En 1302, Philippe-le-Bel établit dans tous ses domaines, des Notaires créés à l'instar de ceux de Paris; et défendit aux juges de se servir de leurs clercs et greffiers pour Notaires, comme ils l'avaient pratiqué jusqu'alors.

Par une ordonnance du mois de juillet 1304, le même roi obligea les Notaires de transcrire les actes qu'ils recevaient, sur des registres ou protocoles tenus à cet effet.

Cette obligation n'était pas imposée aux Notaires de Paris; ils continuèrent de délivrer aux parties les *briefs* ou cédules de leurs actes jusqu'au règne de Charles VII. Ce prince leur enjoignit, par une ordonnance du 1er. décembre 1437, de prendre pour leurs actes les mêmes précautions qui étaient imposées aux autres Notaires du royaume, de tenir et gar-

der des registres ou protocoles, d'y transcrire et enregistrer leurs actes, et d'annoter en marge de chaque acte, l'époque de la délivrance de la grosse.

En 1319, Philippe-le-Long avait déclaré que les greffes et les tabellionages étaient de son domaine.

En 1493, Charles VIII sépara les greffes et les notariats de l'office des prévôts et baillis, et les donna à ferme.

En 1539, les dispositions de l'ordonnance de 1437, n'ayant pas été pleinement exécutées, François Ier. les renouvela. Par l'art. 137 de l'ordonnance de Villers-Cotteret, il obligea tous les Notaires de France, sans aucune distinction, de faire fidèles registres et protocoles de tous les contrats qu'ils recevraient, pour y avoir recours en cas de perte des brevets ou minutes.

Les Notaires de Paris ayant obéi à ces dispositions, le même roi, par lettres-patentes du 1er. septembre 1541, les dispensa d'écrire, de leurs propres mains, les grosses de leurs actes, comme ils en avaient été tenus jusqu'alors. Il leur fut permis de les faire écrire par leurs clercs.

Les premiers notaires de France, établis à l'instar de ceux de Rome, n'avaient eu que le pouvoir de recevoir la minute de l'acte, dont les seuls tabellions pouvaient faire la grosse. Saint Louis avait réuni ces deux fonctions, et attribué l'une et l'autre aux soixante Notaires de Paris.

Cet exemple n'avait pas été suivi depuis dans les provinces. François Ier., par un édit du mois de novembre 1542, créa des tabellions en titre d'office dans toutes les juridictions royales, et leur attribua le droit exclusif de délivrer les grosses des actes.

Il érigea en Notaires, aussi en titre d'office, tous les clercs établis par les anciens tabellions, pour recevoir les actes, chacun dans leur ressort.

Il établit aussi des gardes scelleurs pour apposer le scel de la juridiction sur les jugemens et les contrats.

Les fonctions de Notaire et de tabellion furent déclarées incompatibles par une ordonnance du 11 decembre 1543, laquelle traça les devoirs respectifs des tabellions et des Notaires.

Néanmoins les Notaires de Paris conservèrent, en vertu d'une déclaration du 6 juillet 1543, les droits qu'ils avaient toujours eu de recevoir les minutes et d'expédier les grosses.

Pour assurer l'exécution entière des ordonnances relatives aux protocoles, Henri III, par un édit du mois de mai 1575, créa dans tous les siéges royaux des offices de *gardenotes*, pour avoir la garde et le dépôt des minutes et protocoles des Notaires qui cesseraient leurs fonctions par mort, démission ou autrement, et en délivrer des expéditions. Avant cet édit, ce dépôt se faisait au greffe, et les expéditions étaient délivrées par les greffiers.

Ces gardenotes eurent aussi le droit de recevoir des actes dans un certain ressort qui leur était accordé à cet effet.

En vertu de lettres-patentes du 12 décembre 1577, les Notaires de Paris reunirent le titre et les fonctions de gardenotes à ceux de Notaires et tabellions qu'ils avaient déjà cumulés, malgré l'incompatibilité qui existait entre ces fonctions dans tout le reste de la France.

Par un édit du mois de mai 1597, Henri IV établit à cet égard l'uniformité dans tout le royaume: Il réunit à son domaine, et supprima tous les offices de Notaires, de tabellions, de gardenotes, qui n'étaient jusqu'alors donnés qu'à ferme; et il créa des offices de *Notaires-tabellions-gardenotes* qu'il rendit héréditaires.

Louis XV, par un édit du mois de février 1761, confirma ces dispositions et en acheva l'exécution dans quelques parties du royaume où l'édit de 1597 n'avait pas eu entier effet.

Louis XIV, par un édit du mois d'août 1706, supprima les offices de garde-scels, créés par celui du mois de mai 1507; et ordonna que les Notaires, tabellions et gardenotes auraient chacun un sceau aux armes du roi, et qu'ils l'apposeraient eux-mêmes sur leurs actes.

C'est ainsi que les Notaires, après avoir cumulé successivement les fonctions de tabellions et de gardenotes, y réunirent encore celle de scelleurs, et acquirent, par l'édit de mai 1597, l'hérédité et par conséquent la propriété de leurs charges et le droit de les vendre.

Les Notaires de Paris avaient en outre acheté le privilége de l'affranchissement du contrôle de leurs actes; ils en jouirent jusqu'à la révolution.

Ils avaient encore un autre privilége bien plus considérable, celui d'instrumenter dans toute la France. Les Notaires d'Orleans avaient aussi le même privilége.

Mais partout ailleurs les ressorts et les pouvoirs des Notaires dans l'exercice de leurs fonctions, étaient limités suivant la division qui existait entre les Notaires royaux, seigneuriaux et apostoliques.

Les premiers exerçaient en vertu de provisions qui leur étaient délivrées par le roi : dans les grandes villes, ils étaient réunis en communauté ; ils avaient des syndics qui leur tenaient lieu des chambres actuelles de discipline ; mais dans les autres lieux, ils n'avaient aucun régime commun.

Les Notaires seigneuriaux étaient nommés par les seigneurs justiciers. Ils exerçaient dans l'étendue seulement de la justice qui les avait établis ; il n'existait entre eux aucune communauté, et ils n'étaient soumis qu'aux seigneurs et à leurs tribunaux particuliers.

Les Notaires apostoliques n'avaient que très-peu de ressemblance avec ceux des deux autres classes. Ils avaient été créés principalement pour les prises de possession des bénéfices et pour les autres actes ecclésiastiques. Ces charges étaient exercées par des hommes qui ne faisaient aucune profession du notariat ordinaire ; cependant, ils en usurpaient souvent les fonctions, ce qui donnait lieu à de fréquentes contestations entre eux et les autres Notaires. Ils n'étaient soumis à aucune discipline, et ne connaissaient, à proprement parler, aucune autorité supérieure pour leur régime ; mais il furent obligés, sous le roi Louis XIV, de se pourvoir d'offices royaux, qui furent créés à cet effet ; et dans les grandes villes, notamment à Paris, ces offices de Notaires royaux furent réunis à ceux des Notaires ordinaires.

III. En cet état, est intervenue la loi du 29 septembre-6 octobre 1791, qui a supprimé les Notaires royaux et autres, sous quelque dénomination qu'ils fussent connus, ainsi que la vénalité et l'hérédité des offices. Cette loi est la première qui ait réuni toutes les classes des Notaires et en ait formé un seul corps sous le titre de Notaires publics. Mais cette loi était encore imparfaite, et ne reçut pas d'ailleurs une entière exécution.

Les choses restèrent dans l'état où les avait mises cette loi, jusqu'à celle du 25 ventôse an 11, dont nous allons présenter les principales dispositions.

§. II. *Du caractère et des fonctions de Notaires depuis la loi du 25 ventôse an 11.*

I. Cette loi avait d'abord été discutée par la législature de l'an 6, par celle de l'an 7, et par les commissions législatives créées après le 18 brumaire an 8. Ces différentes assemblées ont toujours considéré le notariat comme une profession honorable et très-utile pour la société.

« Il est peu de fonctions plus importantes (disait le rapporteur, à la tribune du conseil des cinq-cents *) « que celles de Notaires. Dépositaires des plus grands intérêts, régulateurs des volontés des contractans, quand il semblent n'en être que les rédacteurs, interprêtes des lois que l'artifice, la mauvaise foi et des combinaisons d'orgueil tendent toujours à éluder, les Notaires exercent une espèce de judicature d'autant plus douce qu'elle ne paraît presque jamais, ou ne paraît qu'en flattant les intérêts des deux parties. Ce qu'ils écrivent, fait loi pour les contractans ; et si ces lois particulières sont en harmonie avec les lois générales, et ne blessent point les mœurs et l'honnêteté publique, ce grand bien est leur ouvrage ».

Ces idées ont été partagées par le conseil d'état. On peut en juger par la manière dont s'est expliqué l'orateur du gouvernement, M. Réal, dans l'exposé des motifs de la loi. Après avoir parlé de l'institution des justices de paix, des tribunaux civils, et des ministres du culte, il a ajoute : « une quatrième institution est nécessaire, et, à côté des fonctionnaires qui concilient et qui jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires, qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ces engagemens avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir, et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi, et enlèvent aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'exercer une injuste contestation. Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, cette espèce de *juges volontaires* qui obligent volontairement les parties contractantes, sont les Notaires. Cette institution est le notariat ».

C'est aussi dans le même sens que la loi caractérise les Notaires, ils « sont (dit-elle) les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties *doivent* ou *veulent* faire donner le caractère d'authenticité attachée aux actes de l'autorité publique, et, pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en delivrer des grosses et expéditions ».

Le titre de *fonctionnaires publics* avait déjà été accordé aux Notaires par la loi du 29 septembre-6 octobre 1791. Cette qualification

* [[Ce rapporteur était M. Favart lui-même, auteur de cet article.]]

résulte de la nature de leurs fonctions, puisqu'ils sont seuls chargés d'authentiquer les conventions, d'en certifier la date, et de leur donner, en les recevant, le caractère et la force de l'exécution parée, lorsque les parties *doivent* ou *veulent* le faire.

Ces mots *doivent* ou *veulent*, employés par la loi, sont remarquables. Le premier s'applique aux actes qui ne sont valables qu'autant qu'ils ont été passés dans une forme authentique : par exemple, un testament public, une donation, un contrat de mariage, l'acte de consentement à un mariage, l'acte portant hypothèque conventionnelle, et les autres actes indiqués par les lois, comme devant être reçus par des Notaires, à peine de nullité (1).

Quant au mot *veulent*, dont se sert la loi, elle entend comprendre par-là tous les actes qui peuvent être faits sous signature privée, mais auxquels les parties veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes publics. Il n'y a que les Notaires qui puissent, dans ce cas, leur conférer ce caractère. Dès-lors, c'est à eux que les parties doivent nécessairement s'adresser.

Ainsi, toutes les fois qu'un acte doit avoir la forme authentique, soit par la volonté de la loi, soit par la seule volonté des parties contractantes, le Notaire est seul chargé de le recevoir. C'est une attribution spéciale que lui donne la loi, et qui ne saurait être exercée par aucun autre fonctionnaire (2).

II. Indépendamment de ces attributions générales, les Notaires ont quelques fonctions particulières qui leur sont déférées par la loi.

1°. Ils sont commis pour représenter les présumés absens dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ceux-ci se trouvent intéressés. (Art. 112 et 115 du Code civil, et 942 du Code de procédure).

2°. Ils sont chargés de notifier les actes respectueux que les enfans de famille, dans les cas prévus par le Code civil, sont obligés de faire à leurs père et mère, ou, à leur défaut, à leurs aïeuls ou aïeules, pour pouvoir se marier. (Art. 154 du Code civil).

3°. Dans les demandes en divorce par consentement mutuel, [[qui sont formées dans les pays étrangers régis par le Code civil où le divorce a encore lieu]], les Notaires remplissent les fonctions les plus importantes. Les époux ne peuvent se présenter devant le juge pour faire leur déclaration, qu'assistés de deux Notaires. C'est entre leurs mains que les pièces sont déposées : ils dressent procès-verbal de tout ce qui a été dit et fait; la minute en reste au plus âgé des deux, ainsi que les pièces produites, lesquelles demeurent annexées au procès-verbal. (Art. 284, 285, 286 et 287 du Code civil).

4°. Par la loi du 6-27 mars 1791 (art. 10), la confection des inventaires, procès-verbaux de description et de carence à l'ouverture des successions, avait été attribuée exclusivement aux Notaires dans les lieux mêmes où cette fonction appartenait précédemment aux juges et aux greffiers. Cette attribution a été conservée aux Notaires par le Code de procédure (art. 935), non seulement dans le cas d'ouverture de succession, mais encore dans tous les autres cas où le Code civil exige de faire un inventaire, ainsi qu'il est prescrit par les art. 276, 279, 451, 600, 626, 769, 796, 813, 822, 1031, 1058, 1060, 1061, 1414, 1442, 1456, 1461, 1484, 1498, 1499, 1511 et 1532.

Il n'y a qu'une circonstance où la présence du Notaire ne soit pas nécessaire pour la confection d'un inventaire : c'est lorsqu'il a lieu après une faillite; il peut, dans ce cas, être fait par les syndics provisoires, conformément à l'art. 486 du Code de commerce.

6°. Dans les cas de mutation des inscriptions au grand-livre de la dette publique, les Notaires sont chargés, par l'art. 6 de la loi du 28 floréal an 6, de donner leur certificat de propriété de ces inscriptions. Ce certificat est nécessaire pour que le trésor public, lorsque la mutation n'a pas lieu par transfert, puisse délivrer aux ayant-droit l'extrait de l'inscription nouvelle qui doit remplacer l'ancienne.

7°. Les certificats de vie, nécessaires pour le paiement des rentes viagères et des pensions sur l'État, sont exclusivement délivrés par des Notaires nommés par le roi, dans chaque département, sur la présentation du ministre des finances.

Ces Notaires-certificateurs doivent tenir registre des têtes viagères et des pensionnaires auxquels ils auront délivré des certificats de vie : ils sont garans et responsables envers le trésor public de ces certificats. (Décret du 11 août 1806). [[*V.* l'article *Certificat de vie*, n°. 6.]]

8°. Le Code civil et le Code de procédure ont accordé de nouvelles attributions aux Notaires dans les partages judiciaires où il y a lieu à des rapports, prélèvemens, etc. Dans ces cas, le juge commissaire renvoie les par

(1) Art. 971, 931, 933, 1035, 1394, 1396, 1397, 2127, 1250, 306 et 334 du Code civil.

(2) [[Cette attribution emporte-t-elle, pour les Notaires, la défense d'écrire et de signer comme témoins, des actes sous seing-privé? *V.* ci-après, §. 5, n°. 13.]].

ties devant un Notaire dont elles conviennent ou qui est nommé d'office, si les parties ne s'accordent pas sur le choix.

On procède devant cet officier aux comptes que les co-partageans peuvent se devoir, à la formation de la masse generale, à la composition des lots et aux fournissemens à faire à chacun des co-partageans. (Art. 828 du Code civil, et 976 du Code de procédure).

Ces attributions ont donné lieu à des discussions sérieuses entre les Notaires de Paris et les avoués du tribunal de premiere instance. Il est bon de faire connaître ce qui s'est passé à ce sujet au conseil d'état, pour que l'on se pénètre bien de l'esprit des dispositions du Code de procédure, sur ce qui concerne les partages renvoyés devant les Notaires.

Dans un premier projet du Code de procédure, communiqué par le conseil d'état à la section de législation du tribunat pour avoir ses observations, il était dit (art. 948) que les co-partageans comparaîtraient devant le juge-commissaire, qui, *s'il ne trouvait pas à propos de faire lui-même le partage*, renverrait les parties devant un Notaire, etc.

L'art. 954 du même projet portait que, pour le tirage et la délivrance des lots, le tribunal *renverrait les parties, soit devant le juge-commissaire, soit devant le Notaire.*

Enfin, il était dit que le procès verbal d'acte de partage serait retenu et conservé au greffe.

Les Notaires de Paris publièrent plusieurs mémoires pour établir que l'art. 825 du Code civil attribuait exclusivement aux Notaires la confection des partages, lorsque toutes les difficultés étaient jugées; et si le Code de procédure laissait au juge-commissaire la faculté *ou de faire lui-même le partage, ou de renvoyer les parties devant un Notaire*, il en résulterait que l'état de Notaire serait dépouillé de la plus belle et de la plus utile de ses attributions. Ils faisaient ensuite sentir combien il était intéressant pour la société, que les minutes de partages restassent déposées dans l'etude des Notaires qui sont, en quelque sorte, les archivistes de leurs cliens.

De leur côté, les avoués du tribunal de première instance, très-intéressés à ce que les tribunaux conservassent la faculté donnée par le projet au juge-commissaire, de faire lui-même le partage, firent valoir toutes les considérations qui pouvaient militer en faveur de ce système, déjà adopté par le conseil d'état.

Dans cette position critique, les Notaires prirent le parti d'envoyer une députation au chef du gouvernement pour lui soumettre un nouveau mémoire. Sa majesté leur promit que la question qui les intéressait, serait discutée de nouveau, et qu'il les appellerait à la discussion.

Effectivement, les membres de la chambre des Notaires de Paris furent appelés au conseil d'état. C'est dans cette séance memorable, présidée par le chef du gouvernement, qu'il fut décidé 1° que le juge-commissaire ne pourrait jamais faire partage, et qu'il serait toujours obligé de renvoyer les parties devant un Notaire (art. 976 du Code de procédure); 2°. que le Notaire ne déposerait pas au greffe la minute du procès verbal de partage, mais qu'il en remettrait seulement l'expedition à la partie la plus diligente pour en poursuivre l'homologation devant le tribunal. (Art. 981).

L'exactitude des faits dont nous venons de rendre compte, est garantie par ce qu'a dit M. Siméon, conseiller d'état, dans *l'exposé des motifs* des articles qui ont donné lieu à la discussion entre les avoués et les Notaires de Paris.

« Avant la révolution (ce sont ses termes), les commissaires au châtelet faisaient les partages entre les mineurs, et même entre toutes personnes, lorsque les partages étaient ordonnes par justice. Ils avaient prétendu faire aussi tous ceux où des mineurs seraient intéressés, quand même le partage ne serait pas ordonné par justice; leur prétention avait eté réprimée; et, lorsque le partage était volontaire, les Notaires avaient été maintenus dans la faculté d'y procéder, quoique des mineurs y fussent interesses.

» La suppression des commissaires fit cesser ces contestations trop fréquentes entre eux et les Notaires; elles ont eté à la veille de se renouveler depuis la promulgation du Code civil, non entre les commissaires, puisqu'il n'y en a plus, mais entre les avoués et les Notaires.

» Sans doute, disait-on, un partage peut être fait par un Notaire, comme par tout autre amiable compositeur, lorsqu'on est d'accord, mais pour donner seulement l'authenticité aux conventions qu'on veut lui porter à rediger. L'action en partage appartient, comme toutes les autres actions, aux tribunaux; le refus ou l'impossibilité d'y procéder amiablement, qui donne ouverture à cette action, la classe nécessairement parmi les affaires contentieuses ou judiciaires auxquelles les Notaires sont étrangers.

» Les Notaires faisaient valoir l'intérêt des familles dont ils ont la confiance, conservent les titres, connaissent les affaires; et la nature de leur ministère, qui, n'ayant rien de contentieux, peut remplacer par une conciliation

utile la décision des tribunaux. Ils invoquaient ce texte même du Code civil, qui dit, art. 828, que le juge commis pour les opérations du partage, renvoie les parties devant un *Notaire* pour y procéder aux comptes que les co partageans se doivent, à la formation de la masse générale, à la composition des lots, et aux fournissemens à faire à chacun des co-partageans.

» On répondait que le renvoi au Notaire était une faculté accordée au juge pour le soulager, et point une obligation qui le soumît à se dépouiller de ce qu'il croyait pouvoir faire; et que, s'il voulait terminer lui-même les opérations du partage, le recours au Notaire devenait un circuit inutile.

» La juridiction des tribunaux a conservé dans son intégrité l'intérêt des avoués, qui est, à plus d'un égard, celui du public qu'ils servent, et dont ils sont les mandataires nécessaires; l'intérêt des Notaires, qui n'est pas moins celui des citoyens, lorsqu'ils veulent recourir à eux pour faire rédiger et authentiquer leurs accords; l'intérêt prédominant du public, auquel sont subordonnés les droits et les prérogatives des officiers et même des tribunaux établis pour son utilité, enfin, la nécessité de prévenir des incertitudes et des contestations, ont donné de l'importance à cette question.

» Sa Majesté y a donné une attention particulière; *elle a permis aux Notaires de présenter eux-mêmes les observations, et d'assister, dans le conseil d'état, à la discussion à laquelle elle a pris la plus grande part.* Ils ont été témoins de ce que voient tous les jours ceux qui ont l'honneur d'y siéger, que Sa Majesté n'est étrangère à aucune des matières qu'on y traite, qu'on n'y délibère pas seulement sous son autorité et sous sa sanction, mais sous l'éclat du jour que ses lumières y répandent. Ils se sont retirés avec la conviction que Sa Majesté administre et gouverne comme elle commande; qu'elle conçoit et prépare les lois dans ses conseils, comme elle trace dans son cabinet ou dans ses camps des plans de campagne, et s'assure des triomphes; que, si elle avait éclairé les parties les plus importantes du Code civil et les questions les plus abstraites du droit, elle sait encore traiter et résoudre celles des formes.

» Il a été reconnu que les partages se compliquent souvent d'opérations de calcul et de combinaisons, qui ne sont pas plus du ministère des juges, que des vérifications ou des opérations d'experts; que les juges doivent décider les questions contentieuses, et abandonner l'application de leurs décisions à ceux qui sont chargés par la loi de les exécuter; que, lors même qu'on donnerait aux juges la faculté de s'y livrer, ainsi qu'on se l'était d'abord proposé, ou ils se seraient détournés de leurs occupations essentielles, ou ils s'en seraient remis aux greffiers, à des commis, ou aux avoués; que les juges qui s'assujetiraient à procéder eux-mêmes aux comptes, à la formation de la masse générale, à la composition des lots, ne pourraient le faire pour les parties, avec le même avantage que le Notaire, qui a plus de temps à leur donner et dont les fonctions ont un caractère plus aimable, plus propre à la conciliation.

» *On s'est convaincu que le véritable esprit du Code civil est d'appeler les Notaires, comme les délégués naturels des tribunaux, dans tout ce que les partages n'offrent pas de contentieux.*

» *Il en sera donc toujours commis un*, lorsque le cas le requerra, pour les opérations du partage, comme il est commis un juge. La division de leurs fonctions est faite par la nature des opérations: le juge-commissaire, pour le rapport au tribunal, et pour préparer ses décisions; le Notaire, pour les calculs et l'application de ce qui est décidé. Il procédera seul et sans témoins, parcequ'il ne fait pas un contrat, mais un acte qui est ordonné par justice, et qui devra être sanctionné par elle. Son procès-verbal ou acte de partage sera présenté à l'homologation et l'obtiendra sur les conclusions du ministère public, dans le cas où ce ministère est requis. (Code de procédure, art. 977 et 981).

» Le Notaire restera en possession de la minute; les parties intéressées y recourront chez lui, comme à leurs autres actes de famille; elles pourront aussi, selon qu'il leur sera plus convenable, en prendre des expéditions ou des extraits au greffe, dans lequel l'expédition homologuée sera conservée avec tous les titres judiciaires.

» On a pourvu à ce que le renvoi du juge au Notaire ne transporte pas dans le siège ordinaire des conventions, l'arène judiciaire. On ne pouvait pas exclure de l'étude des Notaires les conseils que les parties voudraient y amener pour l'éclaircissement et la défense de leurs droits; mais on a statué que les honoraires de ces conseils n'entreront point en frais de partage. (*Code de procédure*, art. 977). Chacun paiera les secours qu'il aura voulu employer. La raison en est simple: si les conseils eussent été à la charge de la succession, aussitôt qu'un seul co-partageant ferait cette dépense commune, tous voudraient la faire; lorsqu'elle sera au compte de chacun,

on en sera plus avare, on n'y recourra que par nécessité, et sans préjudice pour ceux qui ne l'auront pas regardée comme utile à leurs intérêts.

» Une disposition expresse consacre encore ici que les formes judiciaires ne sont requises dans le partage, que lorsque l'intérêt des mineurs et autres personnes semblables en exigent, ou lorsque les majeurs ne peuvent se mettre d'accord; mais, lorsqu'ils parviennent à s'entendre, ils peuvent abandonner les voies judiciaires, quelque chemin qu'ils aient déjà fait, et terminer ainsi qu'il leur plait ». (*ibid.*, art. 985).

§. III. *De la durée des fonctions des Notaires; des causes pour lesquelles ils peuvent être suspendus ou destitués; et de leur incompatibilité avec d'autres places.*

I. Les Notaires sont institués à vie: ils ne peuvent être suspendus ou destitués qu'en vertu de jugement du tribunal civil de leur arrondissement. (*Loi du* 23 *ventôse an* 11, *art* 2 *et* 55).

« L'institution à vie avait été décrétée par » l'assemblée constituante. La loi du 25 ventôse » an 11 a dû la consacrer, parceque sans elle » (observait le rapporteur du tribunat *), il » serait difficile d'avoir de bons Notaires. Au » lieu d'un état bienfaisant et utile, au lieu » d'une espèce de magistrature populaire, on » ne trouverait plus dans le notariat qu'une » profession mercenaire et versatile. La per» manence est nécessaire pour former des No» taires instruits, et peut-être garantit-elle » leur probité ».

Mais cette permanence doit avoir ses bornes; elle ne doit exister qu'autant que le Notaire remplit les devoirs que la loi lui impose; s'il s'en écarte, il peut être suspendu, remplacé et destitué.

La *suspension* peut avoir lieu dans trois cas :

1°. Pendant trois mois, si le Notaire s'est permis d'instrumenter hors de son ressort (*art.* 6);

2°. Pendant le même espace de temps, s'il a délivré des expéditions ou donné connaissance d'un acte qu'il a reçu, à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayant-droit (*art.* 23);

3°. Si le montant du cautionnement qu'il a versé à la caisse d'amortissement, se trouve employé, en tout ou en partie, par l'effet de la garantie à laquelle il est affecté; et cette suspension dure jusqu'à ce que le cautionnement ait été entièrement rétabli. (*Art.* 33 *V.* l'article *Cautionnement des employés et fonctionnaires publics*).

* [[M. Favart.]]

Le remplacement peut être effectué dans trois cas :

1°. Si le Notaire ne réside pas dans le lieu qui lui a été fixé par le gouvernement, et qui est énoncé dans sa commission (*loi du* 25 *ventôse an* 11, *art.* 4 *et* 5);

2°. S'il ne rétablit pas, dans le délai de six mois, l'intégralité de son cautionnement, absorbé ou entamé par l'effet de la garantie à laquelle il est soumis (*art.* 33);

3°. S'il accepte des fonctions déclarées incompatibles avec celles de son état. (*Art.* 62).

La *destitution* peut être aussi ordonnée dans trois cas :

1°. Si le Notaire, après avoir été suspendu de ses fonctions pour avoir exercé hors de son ressort, se permet de récidiver (*art.* 6);

2°. S'il y a fraude dans sa contravention, à ce qui est prescrit au sujet des surcharges, interlignes et additions qu'il est défendu de faire dans le corps d'un acte (*art.* 16);

3°. S'il a délivré une seconde grosse d'acte, sans y avoir été autorisé par une ordonnance du président du tribunal de première instance de sa résidence, laquelle doit être jointe à la minute. (*Art.* 26).

Les suspensions et destitutions dont nous venons de parler peuvent être prononcées contre les Notaires par le tribunal civil de leur résidence, à la poursuite des parties intéressées, ou d'office à la requête du ministère public (1).

Il en est de même pour les condamnations d'amende et de dommages-intérêts, dans les différens cas prévus par la loi.

Ces jugemens sont sujets à l'appel, et exécutoires par provision, excepté quant aux condamnations pécuniaires. (*Art.* 53).

Dans le cas du remplacement forcé, c'est le ministre de la justice, qui, après avoir pris l'avis du tribunal, le propose au roi. (*art.* 4).

Tout Notaire suspendu, destitué ou remplacé, doit, aussitôt après la notification qui lui a été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement, cesser l'exercice de son état, à peine de tous dommages-intérêts et des autres condamnations prononcées par les lois contre tout fonctionnaire public suspendu ou destitué, qui continue l'exercice de ses fonctions.

Le Notaire suspendu ne peut aussi les re-

(1) [[Est-il nécessaire que la chambre de discipline donne son avis avant que les juges prononcent? *V.* ci-après, §. 9, n°. .]]

prendre, sous les mêmes peines, qu'après la cessation du temps de la suspension. (*Art.* 52.) *

[[II. 1°. Les causes de suspension et de destitution, dont il est parlé dans le n°. précédent, sont-elles les seules? Les juges peuvent-ils, pour d'autres causes aussi ou plus graves, suspendre ou destituer des Notaires?

2°. Le ministère public peut-il appeler du jugement qui rejette ses conclusions tendantes à la destitution d'un notaire?

Voici une espèce dans laquelle ces questions se sont présentées.

Le 30 juillet 1808, arrêt de la cour de justice criminelle de Turin, qui,

« Attendu qu'il est constant en fait que François Aimo étant tombé dans la conscription, et ayant tiré le n°. 40, Etienne Aimo, son père, après avoir fait quelques démarches pour trouver un suppléant à son fils, tomba entre les mains d'Antoine-Denis Gaudi (Notaire à Saint-Maurice) et de Cajetan Boriglione, intimés, lesquels lui promirent de trouver un remplaçant, moyennant la somme de 1700 francs, dont Aimo pere deboursa la somme de 770 francs à Boriglione, et passa, pour 1000 francs, une lettre de change qu'il déposa entre les mains du maire de Saint-Maurice; qu'apres quelques jours, Boriglione commença par conduire Aimo, fils, à l'hôpital de Montcalier, quoiqu'il fût tres-bien en sante, mais comme il s'y ennuyait, apres dix-sept jours, on le fit sortir, et Gaudi fit sentir à Aimo pere, que le suppleant etait tout prêt, mais qu'il fallait une plus forte somme que celle convenue; qu'Aimo pere, fatigué de tant de démarches, répondit au contraire qu'il était décidé à laisser partir son fils, et qu'ainsi Boriglione et Gaudi rendissent l'argent, pour qu'il pût secourir son fils; que Gaudi et Boriglione le firent revenir de cette determination, et firent d'autres démarches pour trouver un remplaçant, lesquelles demarches n'ayant eu aucun effet, Boriglione rendit à Aimo père vingt pistoles effectives de Piémont, partie des 700 francs, se réservant d'arranger ses comptes pour la restante somme, et se retira; que ces vingt pistoles étant passees en mains de Gaudi, celui-ci conduisit Aimo père chez Gastaldi, où un contrat par acte notarié, en date du 27 juin 1807, eut lieu, dans lequel Joseph della Casa, aussi intimé, sous la fidejussion de Gastaldi, s'obligea de fournir un remplaçant, moyennant la somme de 2300 francs qui ont ete deboursés ès mains de Gastaldi; qu'Aimo fils étant pressé de partir, Gastaldi envoya à Aimo pere un certificat signé *Garin*, *gendarme*, de la forme et teneur ci-devant mentionnée, et présenta au dépôt Felia Frésia, aussi intimé, conscrit refractaire, de cette ville, sous le faux nom et avec les papiers d'Aimo fils, et marcha de cette manière; qu'en conséquence, Boriglione s'étant retiré, et ayant rendu l'argent à une époque où aucune substitution n'avait encore eu lieu, et n'ayant plus eu aucune part aux manœuvres postérieures, on ne peut l'envisager coupable d'escroquerie ni de substitution frauduleuse; et d'ailleurs, Gaudi, della Casa, Fresia et Garin, sont coupables de cette substitution frauduleuse, et aussi les trois premiers d'escroquerie au préjudice d'Etienne Aimo; Gaudi et della Casa pour avoir le plus figuré avec Gastaldi; Fresia pour avoir marche sous le faux nom, et Garin pour avoir fourni le billet en question;

» Déclare *Antoine-Denis Gaudi*, della Casa, et Felia Frésia, convaincus des substitution frauduleuse et escroquerie dont ils ont été inculpés; et condamne della Casa à l'amende de 1000 francs et à la peine de dix-huit mois d'emprisonnement; *Antoine-Denis Gaudi* et Félia Fresia, chacun à l'amende de 500 francs, et à la peine de quinze mois d'emprisonnement.... ; et ce conformément aux dispositions des art. 4 de la loi du 24 brumaire an 6, et 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 ».

Antoine-Denis Gaudi se pourvoit en cassation contre cet arrêt; mais son recours est rejete le 3 decembre 1808.

Le 22 avril 1809, le procureur du gouvernement au tribunal de premiere instance de Turin, se fondant sur le même arrêt, requiert d'office la destitution d'Antoine-Denis Gaudi de ses fonctions de Notaire.

Le même jour, jugement qui, sans entendre ni appeler Antoine Denis Gaudi, et vu l'arrêt de la cour de justice criminelle, du 30 juillet 1808, « destitue le Notaire Gaudi, et » lui ordonne de cesser l'exercice de ses fonc-» tions ».

Le 4 mai suivant, ce jugement est signifié au sieur Gaudi, à la requête du ministère public.

Le 21 du même mois, le sieur Gaudi y forme opposition.

Le 14 juillet, jugement qui, attendu que celui du 22 avril n'a pas été rendu par défaut, mais sur un réquisitoire du ministère public qui n'a été ni dû être préalablement communiqué à la partie, déclare le sieur Gaudi non-recevable dans son opposition.

Le sieur Gaudi appelle de ce jugement et de celui du 22 avril.

La cause portée à l'audience de la cour d'appel de Turin, le ministere public, par l'organe de l un des substituts du procureur général, déclare *ne point empêcher que les conclusions du sieur Gaudi lui soient adjugées.*

Par arrêt du 22 août 1809, la cour d'appel annulle le jugement du 22 avril, comme rendu *inaudità parte*; réforme celui du 14 juillet; et statuant au fond,

« Attendu que nulle loi n'existe, qui autorise les tribunaux à prononcer la destitution des Notaires, pour le seul effet d'une condamnation à une peine correctionnelle;

» Que le Notaire n'a point subi la condamnation à la peine d'emprisonnement, d'après l'arrêt susdit, rendu en appel du jugement du tribunal de police correctionnelle du 6 fevrier 1808, pour une infraction que la loi veillante à l'epoque où le delit a été commis, punisse de destitution les Notaires et autres fonctionnaires publics qui s'en soient rendus coupables;

» Que le ministère public ne reproche au Notaire Gaudi aucun delit ni contravention qui, d'après la loi du 25 ventose an 11, soit puni de la destitution du notariat; que le Notaire Gaudi a été condamné à la peine susdite, en vertu de l'application que la cour lui a faite de la disposition de l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an 6, où il n'est pas parlé de la peine de la destitution;

» Que, si son délit eût été de la qualité de ceux designés dans l'art. 2 de la loi susdite, la cour de justice criminelle lui en aurait appliqué les dispositions, en le condamnant a la peine y indiquée;

» Qu'il faudrait donc se permettre de vouloir être plus sage que la loi, pour s'ouvrir un grand chemin à l'arbitraire, que de soutenir que, pour des motifs de convenance, on peut créer une nouvelle disposition qui ajoute à la loi pénale la privation d'un droit inappreciable, tel que celui appartenant aux Notaires institués à vie, tandis que d'ailleurs la loi s'étant occupée des cas où la destitution des Notaires et des fonctionnaires publics, doit être provoquée, elle n'y a point compris la simple condamnation à une peine correctionnelle, ni l'infraction pour laquelle le Notaire Gaudi a souffert la condamnation susdite...;

» Dit n'y avoir lieu à la destitution provoquée par le procureur du gouvernement contre le Notaire Gaudi... ».

Le procureur général de la cour d'appel de Turin se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Trois questions (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 20 novembre 1811) se présentent, dans cette affaire, à l'examen de la cour.

» 1°. Le procureur général de la cour d'appel de Turin est-il recevable dans sa demande en cassation contre un arrêt qui n'a fait qu'adopter les conclusions de son substitut?

» 2°. L'arrêt de la cour de justice criminelle du département du Po, du 30 juillet 1808, n'était-il pas, pour la cour d'appel de Turin, un obstacle à ce qu'elle confirmat le jugement du tribunal de première instance, qui avait prononcé la destitution du Notaire Gaudi?

» 3°. En réformant ce jugement, la cour d'appel de Turin a t elle violé quelque loi?

» La première de ces questions nous paraît trouver sa solution dans la nature de l'action que le procureur du gouvernement au tribunal de première instance de Turin avait intentée contre le Notaire Gaudi.

» Cette action, quoiqu'intentée par la voie civile, était du nombre de celles que les lois appelent *publiques*, c'est-à-dire, de celles que les officiers du ministère public intentent au nom de la société.

» Dans toute action de cette nature, l'officier du ministère public qui l'intente, remplit deux roles differens: celui d agent de la société pour la poursuite d'un delit ou d'une faute, et celui d'organe de la loi pour requérir l'application de ses dispositions penales aux assignés qui sont l'objet de cette poursuite.

» Lorsque les assignés lui paraissent répréhensibles et dans le cas de l'application d'une loi pénale ou d'une mesure de discipline, ses fonctions d'organe de la loi se trouvent en harmonie avec celles d'agent de la société; et il donne, en la premiere qualité, ses conclusions en faveur de l'action qu'il a intentée en la seconde.

» Mais, si les assignés lui paraissent sans reproche, ou s'il pense qu'aucune disposition législative ne leur est applicable, alors, organe de la loi et impassible comme elle, il propose, en cette qualité, le rejet de la demande qu'il a formée comme agent de la société; mais la demande qu'il a formée comme agent de la société, n'en subsiste pas moins; le tribunal qu'il en a constitué juge, n'en demeure pas moins saisi; et c'est à la conscience des magistrats à décider si c'est à tort ou avec raison que l'organe de la loi opine contre l'agent de la société.

» S'il en était autrement, apres que le ministère public aurait, à la suite d'une discussion publique et contradictoire, donné ses conclusions en faveur de la partie assignée, il deviendrait impossible au tribunal de rendre un jugement même en faveur de cette partie:

ces conclusions, en effet, emporteraient désistement de l'action publique, l'action publique serait éteinte de plein droit, il ne resterait plus rien à juger, les juges ne pourraient plus délibérer.

» Et cependant il n'est pas rare de voir déclarer coupables des prevenus que le ministere public, comme organe de la loi, avait présentés, dans ses conclusions, comme innocens. Il n'est pas rare de voir les juges appliquer aux prévenus déclarés coupables. des lois pénales que le ministere public avait estimé, comme organe de la loi, ne pouvoir pas leur être appliquées.

» Et voilà pourquoi la cour a cassé, le 14 pluvoise an 12, au rapport de M. Carnot, et d'apres les principes que nous venons de rappeler litteralement, deux arrêts de la cour de justice criminelle du departement du Jura, qui avaient jugé que le ministère public, en concluant à décharge dans des procedures correctionnelles, avait oté aux magistrats le pouvoir de condamner les prévenus.

» Voilà pourquoi la cour a cassé, le 27 juin dernier, au rapport de M. Busschop, et encore sur nos conclusions, un arrêt de la cour de Metz qui avait reformé un jugement de condamnation à l'amende pour délit de pêche, sur le fondement que le procureur du gouvernement n'avait conclu à aucune peine contre le prévenu.

» Mais si le ministère public remplit, dans les actions qu'il exerce, deux roles différens; s'il y figure à la fois et comme agent de la société et comme organe de la loi; si les conclusions qu'il donne, comme organe de la loi, contre l'action qu'il a intentée comme agent de la société, n'emportent pas désistement de cette action, il est clair qu'on ne peut pas, dans sa personne, imputer le fait de l'organe de la loi à l'agent de la société; il est clair par conséquent qu'il peut, comme agent de la société, attaquer les jugemens auxquels il a lui-même conclu comme organe de la loi.

» Et voilà pourquoi, bien que le ministère public soit un et indivisible, la cour a jugé, par arrêt des 18 ventose et 21 floreal an 12, au rapport de M. Aumont par arrêt du 23 messidor de la même annee, au rapport de M. Minier, et par arrêt du 18 avril 1806, au rapport de M. Barris, que le procureur général est recevable, en matière correctionnelle, à appeler d'un jugement rendu conformement aux conclusions du procureur du gouvernement.

» Peut-il y avoir, à cet égard, d'autres règles pour le recours en cassation que pour l'appel? Et de ce que le procureur général peut appeler d'un jugement conforme aux conclusions de son substitut en première instance qui ne fait qu'un avec lui, ne suit-il pas nécessairement qu'il peut se pourvoir en cassation contre un arrêt conforme, soit à ses propres conclusions, soit à celles de l'un des membres de son parquet (1)?

» Notre seconde question n'offre pas plus de difficultes que la première.

» A entendre le Notaire Gaudi, c'est violer la règle *Non bis in idem*, que de provoquer sa destitution pour les mêmes délits qui ont motivé l'arrêt rendu contre lui par la cour de justice criminelle de Turin, le 30 juillet 1808. Car si ces délits avaient dû emporter, à son égard, la peine de destitution, l'arrêt du 30 juillet 1808 l'aurait prononcée. En ne la prononçant pas, il l'en a déchargé. C'est donc chose jugée souverainement, que le Notaire Gaudi n'a pas encouru cette peine. Cette peine ne peut donc plus lui être infligée par un nouveau jugement.

» Mais que faudrait-il pour que l'arrêt du 30 juillet 1808 pût être censé avoir déchargé le Notaire Gaudi de ce qu'il appelle *la peine de destitution?* Très certainement il faudrait qu'il eût été au pouvoir de la cour de justice criminelle de Turin, de prononcer cette peine contre le Notaire Gaudi, dans le cas où il l'eût encourue. Car si la cour de justice criminelle de Turin n'a pas eu le pouvoir de déclarer que le Notaire Gaudi avait encouru cette peine, elle n'a pas davantage le pouvoir de déclarer que cette peine n'avait pas été encourue par le Notaire Gaudi. Le pouvoir d'absoudre est necessairement corrélatif à celui de condamner; l'un ne peut pas exister sans l'autre; et s'il est vrai, comme le dit la loi 37, D. *de regulis juris*, que *nemo qui condemnare potest, absolvere non potest*, il l'est également, et c'est l'opinion générale des interprètes, que *nemo absolvere potest qui condemnare non potest.* Aussi était-ce par une dérogation à tous les principes que l'empereur Constantin, par la loi 3, C. *ubi senatores*, avait décidé que les commissaires delegués par le prince pour juger certains dignitaires, pourraient bien les absoudre, mais non pas les condamner; et Godefroy, dans sa note sur ce texte, n'oublie pas d'en faire la remarque: *Ille casus est specialis*, dit-il, en citant la loi 37, D. *de regulis juris*, comme formant la règle générale.

» Or, la cour de justice criminelle de Turin aurait-elle pu, en condamnant le Notaire

(1) *V.* l'arrêt du 25 février 1813, rapporté au mot *Cassation*, §. 4, n°. 6.

Gaudi aux peines portées par son arrêt du 30 juillet 1808, y ajouter celle de la destitution? L'art. 53 de la loi du 25 ventose an 11 prouve clairement qu'elle n'avait pas ce pouvoir : *Toutes suspensions, destitutions*, dit-il, *seront prononcées contre les Notaires* PAR LE TRIBUNAL CIVIL *de leur résidence*.

» L'arrêt du 30 juillet 1808 n'a donc ni jugé ni pu juger que le Notaire Gaudi n'avait pas encouru la peine de destitution.

» Mais que parlons nous de *peine de destitution*? La destitution et la suspension d'un fonctionnaire public ne sont pas des peines proprement dites : ce ne sont que des mesures de haute police, dont l'objet est bien moins de punir le fonctionnaire public qu'elles frappent, que de préserver la société du dommage qu'elle peut avoir à craindre de sa part.

» Tout fonctionnaire public, tout citoyen qui est mis en état d'accusation, est par cela seul suspendu, aux termes de l'art. 5 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, non-seulement de ses fonctions, mais même de ses droits politiques; et cependant il n'est pas encore jugé coupable. La suspension de ses fonctions, de ses droits politiques, n'est donc pas considérée comme une peine; car si elle était rangée dans la classe des peines, elle ne pourrait pas précéder le jugement de conviction, elle ne pourrait que le suivre, ou plutôt en faire partie.

» Et ce que nous disons de la suspension, il n'y a aucune raison pour ne pas le dire également de la destitution. La destitution n'est pas plus que la suspension, une peine proprement dite. Elle peut donc être prononcée après un jugement de condamnation à des peines proprement dites, sans que la règle *Non bis in idem* y apporte aucun obstacle.

» C'est ce que décide textuellement, même à l'égard des juges qui sont d'un ordre bien plus relevé que les Notaires, l'art. 59 de la loi du 20 avril 1810. *Tout jugement de condamnation rendu contre un juge à une peine même de simple police* (porte-t-il), *sera transmis au grand-juge ministre de la justice, qui, après en avoir fait l'examen, dénoncera à la cour de cassation, s'il y a lieu, le magistrat dénoncé; et, sous la présidence du ministre, ledit magistrat pourra être* déchu ou suspendu *de ses fonctions, suivant la gravité des faits*.

» Et il ne faut pas croire que ce soit là une disposition introductive d'un droit nouveau.

» Avant que cette loi fût en activité, et dès le 8 décembre 1809, la cour, présidée par le grand-juge en sections réunies, avait suspendu indéfiniment de ses fonctions un juge de paix condamné par arrêt à une peine correctionnelle, pour délit relatif à la conscription militaire; et voici comment elle avait écarté l'objection que le notaire Gandi vous reproduit en ce moment : « la suspension à prononcer contre » lui, *n'est point une nouvelle peine du dé-» lit*; mais elle est la conséquence nécessaire, » tant de la condamnation qui a établi contre » ce juge une grave cause de suspicion sous » tous les rapports, que de l'impression et de » l'affiche de cette condamnation qui lui ont » enlevé la considération sans laquelle un juge » ne peut utilement remplir ses fonctions ».

» Le 27 juillet 1810, arrêt semblable et tout aussi solennel, contre un autre juge de paix (1).

» Le 13 décembre suivant, troisième arrêt qui se rapproche davantage de l'espece actuelle.

» Il avait été passé, devant le notaire Ryex, le 31 mars 1806, un acte par lequel un jeune homme se disant *Pierre-Jean Monteyne, demeurant à Cuesne*, s'était chargé de remplacer le conscrit Pierre Neyruck, d'Iseghem. Arrivé au corps pour lequel était destiné ce conscrit, le soi-disant Pierre-Jean Monteyne, son remplaçant, déclare que son véritable nom est *Jean-Joseph Holvoët*.

» De là une procédure criminelle en faux tant contre Jean-Joseph Holvoët que contre le notaire Ryex. On reproche à celui-ci de n'avoir point exigé que l'individualité du prétendu Pierre Jean Munteyne lui fût certifiée de la manière prescrite par l'art. 11 de la loi du 25 ventôse an 11; et on soutint que cette négligence doit le faire considérer comme complice du faux dont Jean-Joseph Holvoet s'est rendu coupable. Par l'arrêt qui intervient sur cette procédure, la cour spéciale du département de la Lys condamne Jean-Joseph Holvoet à la peine de faux; mais considérant, à l'égard du notaire Ryex, qu'encore qu'il ait à se reprocher de n'avoir pas pris, pour s'assurer de l'individualité du soi-disant Monteyne, les précautions commandées aux Notaires par la loi du 25 ventôse an 11, il n'est du moins pas convaincu d'avoir su *que celui qui comparaissait devant lui sous ce nom, n'était pas celui qu'il se disait être*, elle le décharge de l'accusation.

» Peu de temps après, le 30 juillet 1807, le procureur du gouvernement au tribunal de première instance de Bruges fait citer le sieur Ryex à la barre de ce tribunal, et

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Non bis in idem*, §. 3, et *Suspension*.

requiert qu'il soit destitué pour avoir contrevenu à l'art. 11 de la loi du 25 ventôse an 11, et par là concouru matériellement à un crime de faux.

» Le 26 août 1807, jugement qui, en effet, destitue le sieur Ryex. Appel, et le 6 avril 1808, arrêt de la cour de Bruxelles qui met l'appellation au néant.

» Recours en cassation, fondé notamment sur les maximes, *res judicata pro veritate habetur* et *non bis in idem*. C'est violer l'autorité de la chose jugée, disait le sieur Ryex, c'est remettre en question un fait dont j'ai été irrévocablement acquitté, que de poursuivre et de prononcer ma destitution pour les mêmes causes qui ont servi de base à une accusation dont je suis sorti victorieux.

» Mais par l'arrêt cité, rendu au rapport de M. Aumont, *attendu que, du renvoi hors d'accusation prononcé en faveur du demandeur par la cour spéciale de Bruges, il ne résulte rien autre chose sinon qu'il n'a pas été jugé coupable du crime de faux; qu'il peut, sans avoir commis un tel crime, avoir encouru la peine de la destitution; et que, d'après les faits déclarés constans par l'arrêt attaqué, cette peine a été prononcée contre lui sans qu'aucune loi ait été violée; la cour rejette le pourvoi...... (1)* ».

» Il est donc bien constant que le notaire Gaudi ne trouvait pas dans l'arrêt de la cour de justice criminelle de Turin, du 30 juillet 1808, une fin de non-recevoir contre les poursuites du ministère public tendant à sa destitution; et il ne nous reste plus qu'à examiner si, en réformant le jugement qui avait prononcé la destitution du Notaire Gaudi, la cour d'appel de Turin a violé quelque loi.

» Et d'abord, a-t-elle, comme le soutient le procureur général de cette cour, violé l'art. 2 de la loi du 24 brumaire an 6?

» L'affirmative ne nous paraît pas douteuse.

» Cet article porte que « tout *fonctionnaire » public* convaincu d'avoir favorisé la désertion, empêché ou retardé le départ des déserteurs et des citoyens de la réquisition, *soit » par des écrits, soit par des discours*, » sera, outre l'emprisonnement, condamné à » une amende qui ne pourra être moindre » de 500 francs, ni excéder 2,000 francs; et » (qu') *il sera de plus destitué de ses fonctions* ».

» Or, d'une part, le sieur Gaudi, en sa qualité de Notaire, est fonctionnaire public: l'art. 1er. de la loi du 25 ventôse an 11 lui en donne expressément le titre.

» D'un autre côté, c'est certainement par des

---

(1) Il est à remarquer, sur cette espèce

1°. Que le ministère public s'était fondé en première instance, pour provoquer la destitution du notaire Ryex, sur trois motifs: le premier que, par l'arrêt même qui l'avait acquitté de l'accusation de faux, il était constaté qu'il avait contrevenu à l'art. 11 de la loi du 25 ventôse an 11, en ne prenant pas les précautions commandées par cet article pour s'assurer de l'individualité du soi-disant Montayne; le second, qu'il paraissait être en état de faillite; le troisième, qu'il était, dans sa vie privée, d'une immoralité scandaleuse; 2°. que le premier juge avait écarté le second et le troisième motifs, et ne s'était attaché qu'au premier; 3°. qu'au contraire, la cour d'appel les avait adoptés tous trois.

Mais il reste toujours que la cour d'appel avait jugé, en adoptant le premier motif, que l'acquittement du notaire Ryex, par l'arrêt de la cour spéciale, ne formait point obstacle à ce que ce notaire fût destitué, comme déclaré, par cet arrêt même, coupable de contravention à l'art. 11 de la loi du 25 ventôse an 11; et que la cour de cassation a jugé de même en maintenant l'arrêt de la cour d'appel d'après les motifs qui y sont exprimés, sans distinction entre celui qui portait sur la contravention à la loi du notariat, et ceux qui portaient sur l'état de la fortune et l'immoralité du notaire Ryex.

Du reste, on conçoit assez que rien ne pourrait justifier un jugement civil qui destituerait un notaire sur le seul motif qu'il a été accusé d'un crime de faux, et que, quoiqu'il en ait été acquitté purement et simplement sur la déclaration du jury portant qu'il n'était pas coupable, il n'en paraît pas moins constant aux juges qu'il avait matériellement commis ce crime.

En effet, la déclaration du jury embrasse, par sa généralité, toutes les inculpations qui, dans le procès criminel, étaient dirigées contre le notaire, et, dès-lors, il n'est plus permis d'en rechercher aucune.

C'est ce qu'a jugé, dans l'espèce suivante, un arrêt de la cour de cassation.

Le 17 décembre 1817, le sieur Vincent, notaire, est mis en jugement devant la cour d'assises du département de la Loire, sur un acte d'accusation portant qu'il s'est rendu coupable du crime de faux dans un acte de donation entre-vifs, en le recevant hors la présence du sieur Bouteille, aussi notaire, et du témoin Montgiraud, qui y étaient énoncés comme présens, et ne l'avaient signé qu'après coup.

Après les débats, le président pose ainsi la question à résoudre par le jury: « L'accusé s'est-il rendu » coupable de faux en écriture publique et authen» tique en fabricant une fausse donation supposée » faite par l'abbé Saverin »?

Le jury répond: « Non, à la majorité de onze » contre un. »

En conséquence, le président rend, sur-le-champ, une ordonnance par laquelle le sieur Vincent est acquitté de l'accusation portée contre lui, et remis en liberté.

Trois jours après, le sieur Vincent donne sa démission en faveur de son père, en déclarant néan-

discours, que le sieur Gaudi a commis la substitution frauduleuse de laquelle est résulté un empêchement au départ d'un conscrit; car ce n'est point par des actions muettes, qu'il a opéré cette substitution ; il n'a pu l'opérer, qu'en la conseillant, qu'en la provoquant, qu'en la consommant par des pourparlers.

» Voilà donc un fonctionnaire public qui est *convaincu d'avoir empêché, par des discours*, le départ d'un conscrit. Ce fonctionnaire public doit donc être *destitué de ses fonctions*. Ainsi le veut impérieusement la loi.

» Mais, dit le Notaire Gaudi, l'art. 2 de la loi du 24 brumaire an 6 ne parle que des fonctionnaires publics qui, à raison de leurs fonctions, tiennent des discours ou font des écrits tendant à faire naître ou à entretenir un esprit de rébellion dans les classes des conscrits, à les détourner de leur devoir, à exciter ou fomenter leur désobéissance à la voix du souverain. Or, ce n'est point à raison de mes fonctions de Notaire, c'est comme simple particulier, que j'ai participé à la substitution frauduleuse du conscrit François Aimo. L'art. 2 de la loi du 24 brumaire an 6 ne m'est donc pas applicable.

» Cet article répond lui-même, par sa généralité, à une objection que le sieur Gaudi se serait probablement épargnée, s'il l'avait lu avec plus d'attention.

» Premièrement, il ne distingue point entre le fonctionnaire public qui agit, par ses écrits ou ses discours, sur des masses de conscrits ou de déserteurs, et le fonctionnaire public qui n'adresse ses écrits ou ses discours qu'à un ou deux conscrits, qu'à un ou deux déserteurs isolés. Il veut donc que sa disposition soit appliquée à l'un comme à l'autre.

» En second lieu, il ne distingue pas davantage entre le fonctionnaire public agissant dans l'ordre de ses fonctions, et le fonctionnaire public agissant comme personne privée; et ce qui le prouve d'une manière sans réplique, c'est la différence qui existe entre cet article et le précédent.

» Dans l'article précédent, la loi s'occupe de fonctionnaires publics qui sont chargés, par la nature de leurs fonctions, de l'exécution des lois relatives aux conscrits et aux déserteurs; et elle déclare que « tout administrateur » de département ou de canton, officier de police judiciaire, accusateur public, juge, » commissaire du directoire exécutif, tout individu faisant partie de la gendarmerie nationale, qui n'exécutera pas ponctuellement » ces lois en ce qui le concerne, ou qui en em-

---

moins qu'il continuera ses fonctions jusqu'à ce qu'il soit remplacé.

Son remplacement ne s'effectuant pas, le procureur du roi au tribunal civil de Saint-Étienne provoque sa destitution par un réquisitoire ; et elle est prononcée par un jugement du 3 mars 1818,

« Attendu 1°. qu'il résulte d'une délibération de la chambre des notaires, que Vincent rédige ordinairement les actes de son ministère dans un cabaret hors le lieu de sa résidence, et dans un appartement par lui loué à côté de celui où les buveurs se réunissent ;

» 2°. Que, si Vincent a été acquitté du faux dont il avait été accusé, il n'en est pas moins entaché d'une espèce de flétrissure inconciliable avec le caractère d'honnêteté et de délicatesse qu'exige la profession de notaire ».

Le sieur Vincent appelle de ce jugement à la cour royale de Lyon, qui le confirme par arrêt du 3 août 1821, mais *sans entendre aucunement approuver les motifs des premiers juges*, et seulement « attendu qu'en déclarant Vincent non coupable d'a» voir fabriqué une fausse donation, et en l'acquit» tant du crime de faux dont il était accusé, ni la » déclaration du jury, ni l'arrêt de la cour d'as» sises n'ont détruit, soit le faux dont cet acte était » argué, soit le fait que Vincent y avait apposé sa sig» nature, et qu'il avait été revêtu après coup de celle » du notaire Bouteille et du témoin Montgiraud, » quoique l'acte énonce qu'ils étaient présens; que » ces faits, dépouillés de la criminalité qui avait mo» tivé l'accusation dont Vincent a été acquitté, suffi» sent cependant pour démontrer le danger de le » laisser exercer ses fonctions de notaire ; que la dé» mission donnée par Vincent, n'étant pas suivie de » son remplacement, n'est pas un motif capable d'em» pêcher de prononcer sa destitution ».

Mais sur le recours en cassation du sieur Vincent, arrêt du 24 juillet 1822, au rapport de M. Zangiacomi, et après un délibéré, qui,

« Vu l'art. 360 du Code d'instruction criminelle;

» Vu aussi les art. 1350, 1351 et 1352 du Code civil ;

» Considérant que la déclaration du jury, en date du 17 décembre 1817, dit positivement que Vincent n'a pas commis de faux en recevant la donation faite par l'abbé Saverin, et que l'arrêt attaqué juge au contraire que Vincent s'en est rendu coupable, puisqu'il le déclare convaincu d'avoir inséré de fausses mentions dans son acte, et par conséquent d'avoir fait un faux ; que, sous ce rapport, l'arrêt a violé les lois ci-dessus citées, relatives à l'autorité de la chose jugée;

» Considérant que, d'après la déclaration du jury et l'ordonnance d'acquittement, Vincent ne pouvait, aux termes de l'art. 360 du Code d'instruction criminelle, être repris, accusé, ni par conséquent puni à raison de ce prétendu faux dont il avait été absous; que cependant l'arrêt attaqué prononce contre lui la peine de la destitution, et ne la prononce qu'en considération de ce faux qu'il dit n'avoir pas été détruit par la déclaration du jury ; que, sous cet autre rapport, l'arrêt a violé l'art. 360 du Code d'instruction criminelle;

» Casse et annulle...... »

» pêchera ou entravera l'exécution, sera puni » de deux années d'emprisonnement ».

» Mais dans l'art. 2, elle etend ses vues plus loin : elle embrasse dans sa disposition tous les fonctionnaires publics, quels qu'ils soient; et sans distinguer s'ils sont ou ne sont point, par etat, chargés, soit d'accelerer le départ des conscrits, soit de réprimer les manœuvres employées pour le retarder ou l'empêcher, elle veut que *tout fonctionnaire public*, qui, abusant de l'ascendant que lui donne son caractère sur les particuliers, tiendra des discours ou fera des écrits propres à retarder ou à empêcher l'effet de la conscription militaire, soit, outre la condamnation à l'emprisonnement et à l'amende qu'elle determine, destitué de ses fonctions.

» La destitution doit donc atteindre, en ce cas, le Notaire, l'huissier, le curé, l'instituteur public, comme le juge, l'ingenieur des ponts et chaussées, le percepteur des contributions, le receveur de l'enregistrement, comme l'administrateur de département ou de canton; l'officier de troupes de ligne, comme l'officier de gendarmerie; elle doit atteindre, en un mot, tout *fonctionnaire public*; et qui dit tout, n'excepte rien.

» Mais, dit encore le Notaire Gaudi, ce n'est point par application de l'art. 2, c'est uniquement par application de l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an 6, que j'ai ete condamné à l'emprisonnement et à l'amende. Il est donc jugé souverainement que je ne suis point dans le cas de l'art. 2. L'art. 2 ne peut donc plus m'être appliqué.

» Non, sans doute, l'art. 2 ne peut plus être appliqué au Notaire Gaudi quant à l'amende et à l'emprisonnement. Non, sans doute, on ne pourrait plus aujourd'hui faire aggraver, en vertu de l'art. 2, l'amende et l'emprisonnement dont l'arrêt du 30 juillet 1808 a diminué l'intensite en sa faveur. Mais de là s'ensuit-il que le Notaire Gaudi est à couvert de la destitution ?

L'autorité de la chose jugée, dit l'art. 1351 du Code civil, *n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.*

» Ici, nous trouvons bien une cause commune aux demandes formées respectivement devant la cour de justice criminelle et devant la cour d'appel de Turin, contre le Notaire Gaudi. Nous y trouvons bien les mêmes parties agissant et se defendant en la même qualité. Mais nous n'y trouvons pas les mêmes demandes. Devant la cour de justice criminelle, le ministere public ne demandait, contre le Notaire Gaudi, que sa condamnation à l'amende et à l'emprisonnement, et il n'y pouvait pas demander autre chose. Devant la cour d'appel, il demandait sa destitution. La demande en destitution du Notaire Gaudi a donc été, pour la cour d'appel de Turin, une demande absolument nouvelle. La cour d'appel de Turin a donc dû y statuer d'après les faits declarés par l'arrêt de la cour de justice criminelle du 30 juillet 1808, et sans avoir égard à la consequence que la cour de justice criminelle avait tirée de ces faits, pour l'application des peines d'emprisonnement et d'amende.

» Mais supposons, pour un moment, que l'art. 2 de la loi du 24 brumaire an 6 fût, dans sa seconde disposition, inapplicable au Notaire Gaudi. Il restera du moins à savoir si la cour de Turin, en rejetant le réquisitoire du procureur du gouvernement, tendant à la destitution de ce Notaire, n'a pas violé la loi du 25 ventose an 11 sur le notariat, et vous vous convaincrez facilement, Messieurs, qu'elle l'a violée en effet.

» A la verite, l'art. 1er. de cette loi porte que les Notaires *sont institués à vie.*

» Mais tout ce qui résulte de là, c'est qu'ils ne sont pas, comme les avoues et les huissiers, révocables au gre du gouvernement; c'est qu'ils ne peuvent être suspendus ou destitués que par des jugemens fondés sur des causes graves.

» Et la preuve que cet article doit être ainsi entendu, c'est qu'il n'y a que cette maniere de l'entendre qui puisse le concilier avec l'art. 53 qui veut que *toutes suspensions* et *destitutions* soient *prononcées contre des Notaires par le tribunal civil de leur résidence.*

» Inutile d'objecter que l'art. 53 se refère à ceux de la même loi qui ordonnent expressément la suspension et la destitution des Notaires; et que, dès-lors, on peut bien en conclure que les Notaires doivent être suspendus ou destitués par les tribunaux dans les cas formellement déterminés par la loi, mais non pas qu'ils puissent l'être hors de ces cas.

» Pour vous convaincre que l'art. 53 doit être entendu dans un sens absolu et indéfini, et qu'il en resulte que la loi abandonne au pouvoir discretionnaire des juges les causes de suspension et de destitution qu'elle ne determine pas elle-même, nous n'avons besoin que de rapprocher de cet article ceux qui commandent expressément la suspension et la destitution des Notaires.

» La loi ne prévoit que trois cas où la suspension doit indispensablement être prononcée : c'est 1°., suivant l'art. 6, lorsqu'un Notaire a instrumenté hors de son territoire ; 2°., suivant l'art. 23, lorsqu'il a délivré des expéditions, donné connaissance d'un acte qu'il a reçu, à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, à leurs héritiers et ayant-cause ; 3°., suivant l'art. 33, lorsque son cautionnement est entamé ou absorbé par l'effet de la garantie à laquelle il est affecté.

» Elle n'en prévoit également que trois, où le juge est obligé de prononcer la destitution : c'est 1°., suivant l'art. 6, lorsqu'un Notaire, après avoir été suspendu de ses fonctions pour avoir instrumenté hors de son territoire, s'est permis de récidiver ; 2°., suivant l'art. 16, lorsqu'il y a fraude dans la contravention aux règles concernant les surcharges, les interlignes et les additions dans le corps de l'acte ; 3°., suivant l'art. 26, lorsqu'il a délivré une seconde grosse, sans l'autorisation préalable du président du tribunal de première instance.

» Assurément ce ne sont là ni les seules fautes graves qu'un Notaire puisse commettre, soit dans l'exercice, soit hors de l'exercice de ses fonctions ; et de ce que, dans les trois premiers cas, le juge est forcé de prononcer la suspension d'un Notaire, de ce que, dans les trois autres cas, le juge ne peut pas se dispenser de le destituer, il ne s'ensuit nullement que, dans des cas d'une autre nature où un Notaire s'est montré, ou tout aussi indigne, ou plus indigne encore, de la confiance publique, le juge n'ait pas la faculté de le suspendre ou de prononcer sa destitution.

» La loi a dit aux juges : *dans tels cas, vous serez tenus de suspendre les Notaires ; dans tels cas vous serez tenus de les destituer.* Mais elle ne leur a pas dit : *vous ne pourrez les suspendre, vous ne pourrez les destituer, que dans les cas où je vous en fais un devoir.* Et ce qui prouve encore une fois, qu'elle n'a pas voulu le dire, c'est que, dans l'art. 53, elle a parlé des suspensions et des destitutions de Notaires, ainsi que du droit des tribunaux de prononcer les unes et les autres, sans renvoyer, pour les causes de suspension et de destitution, aux art. 6, 16, 23, 26 et 33.

» Objectera-t-on que l'art. 53 ne parle pas seulement des suspensions et des destitutions ; qu'il parle aussi *des condamnations d'amende ;* que certainement pour les condamnations d'amende, il se réfère aux articles précédens ; qu'il s'y réfère donc aussi pour les suspensions et destitutions ?

» Mais il y a une différence essentielle entre les condamnations d'amende et les suspensions ou destitutions. Les condamnations d'amende sont des peines proprement dites, et ne peuvent conséquemment être prononcées que pour les causes expressément déterminées par la loi. Ce n'est donc point par la force de son propre texte, que l'art. 53 est censé se référer, pour les condamnations d'amende, aux articles précédens : c'est uniquement par la nature de ces condamnations. Les suspensions et les destitutions au contraire ne sont pas, à proprement parler, des peines : ce ne sont, nous l'avons déjà dit, que des mesures de police et de discipline, qui, par leur nature, sont abandonnées à la conscience des juges. Il faudrait donc, dans l'art. 53, une disposition expresse pour restreindre, à cet égard, le pouvoir des juges aux cas déterminés par les articles précédens ; et cette disposition manquant, le pouvoir des juges reste nécessairement dans toute sa latitude naturelle.

» Au surplus, si l'art. 53 est douteux, il serait suffisamment expliqué dans le sens que nous avons l'honneur de vous présenter, par l'arrêté du gouvernement du 2 nivôse an 12, portant institution des chambres de discipline des Notaires.

» Après avoir dit, art. 9, que *la chambre prononcera par voie de décision pour les cas de police et de discipline intérieure ;* après avoir établi, art. 10, que *la chambre mandera les Notaires à ses séances, et prononcera contre eux, par forme de discipline et suivant la gravité des cas, soit le rappel à l'ordre, soit la censure simple, soit la censure avec réprimande, soit la privation de voix délibérative dans l'assemblée générale, soit l'interdiction de l'entrée de la chambre....;* l'arrêté ajoute, art. 11 : *si l'inculpation portée à la chambre contre un Notaire* PARAÎT ASSEZ GRAVE POUR MÉRITER LA SUSPENSION *du Notaire inculpé, la chambre....... émettra, par forme de simple avis......, son opinion sur la suspension et sa durée....... ;* et art. 12 : *quand l'avis.... sera pour la suspension, il sera déposé au greffe du tribunal : expédition en sera remise au commissaire du gouvernement, qui en fera l'usage prescrit par la loi.*

» Deux choses sont à remarquer dans ces dispositions.

» D'abord, l'art. 11 ne dit pas : *si l'inculpation.... rentre dans l'un des trois cas où la loi veut que le Notaire soit suspendu ;* et pourquoi ne le dit-il pas ? Pourquoi dit-il au contraire : *si l'inculpation paraît assez grave*

pour mériter la suspension? C'est evidemment parceque le pouvoir de suspendre un Notaire, n'est point limité aux trois cas prevus par la lui, aux trois cas où la loi commande impérieusement l'exercice de ce pouvoir; c'est evidemment parceque l'exercice de ce pouvoir est abandonné, dans les autres cas aussi ou plus graves, à la conscience des chambres des Notaires pour provoquer la suspension, et des tribunaux pour la prononcer.

» Ensuite, pourquoi le même article veut-il que les chambres des Notaires émettent leur avis, non seulement sur la suspension, mais encore *sur sa durée?* C'est toujours par la même raison. Si un Notaire ne pouvait être suspendu que dans les trois cas prévus par la loi du 25 ventôse an 11, il serait bien inutile, il serait même déraisonnable que la chambre opinât sur la durée de la suspension qu'il pourrait avoir méritée. La duree de sa suspension serait fixée par la loi du 25 ventôse an 11 elle-même: elle le serait à trois mois, pour le cas prevu par l'art. 6; elle le serait au même temps, pour le cas prévu par l'art. 23; elle le serait, pour le cas prevu par l'art. 33, à tout le temps pendant lequel le Notaire aurait été en retard de libérer ou compléter son cautionnement. La chambre des Notaires n'a donc à deliberer sur la durée de la suspension, que dans des cas où la suspension n'est pas specialement ordonnée par la loi. Il est donc des cas où, sans être spécialement ordonnee par la loi, la suspension peut être provoquee par la chambre des Notaires, ou même directement et de pur office par le ministère public, et prononcee par le juge.

» Voilà ce qui résulte clairement de l'art. 11 de l'arrêté du 2 nivôse an 12: et s'il fallait une nouvelle preuve d'une vérité aussi manifeste, nous la trouverions dans l'instruction adressee par le grand-juge ministre de la justice, le 28 ventose an 13, à tous les procureurs du gouvernement: *Je remarque* (y est-il dit) *qu'un grand nombre de chambres de discipline refusent, sous divers prétextes, de délibérer sur les demandes de notariats qui leur sont transmises..... Il faut mettre un terme à une résistance qui est quelquefois aussi injuste qu'illégale, et qui est presque toujours inspirée par des intérêts personnels. Suivant l'art. 3 de la loi du 25 ventôse an 11, les Notaires sont tenus de prêter leur ministère quand ils en sont requis; et cet article s'applique à ceux qui composent les chambres de discipline comme à tous les autres. En refusant de délibérer lorsqu'ils en sont requis, ils sont dans le cas d'être punis d'une interdiction ou d'une suspension plus ou moins longue, suivant la gravité des circonstances. C'est à vous à la requérir* CONFORMÉMENT A L'ART. 53 *de la même loi. Je vous en charge expressément.*

» Vous le savez, Messieurs, en prescrivant aux Notaires de prêter leur ministere, toutes les fois qu'ils en sont requis, l'art. 3 de la loi du 25 ventose an 11 ne dit point qu'en cas de refus, ils devront ou pourront être suspendus ou interdits: et cependant le chef de la justice trouve qu'à cet égard, le silence de cet article est suffisamment suppléé par la disposition générale de l'art 53; le chef de la justice trouve donc que l'art. 53 investit les tribunaux du droit de prononcer *toutes suspensions*, même dans les cas non prevus par les articles précedens.

» Mais ce que l'instruction du 28 ventose an 13, ce que l'arrête du 2 nivose an 12 etablissent par rapport à la suspension des Notaires, n'est-il pas egalement applicable à la destitution de ces officiers?

» Comment ne le serait-il pas? L'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11 place absolument la destitution sur la même ligne que la suspension; et dès que la suspension peut être prononcée hors des cas prevus par les articles précédens, il est bien impossible qu'il n'en soit pas de même de la destitution.

» Ajoutons que la suspension peut être prononcée pour un terme indéfini: nous en avons des exemples dans les arrêts que la cour a rendus, sections réunies, le 8 decembre 1809 et le 27 juillet 1808, contre deux juges de paix précédemment condamnés à des peines correctionnelles pour des delits relatifs à la conscription militaire. Or, quelle différence y a-t-il entre la destitution et la suspension pour un terme indefini? Aucune, sans doute. Les causes non prévues par la loi qui autorisent les juges à suspendre indéfiniment un Notaire, les autorisent donc aussi et nécessairement à le destituer.

» Ajoutons encore une observation qui vraisemblablement vous paraîtra, Messieurs, être de quelque poids.

» L'art. 2 de la sect. 2 du tit. 1er. de la loi du 29 septembre 1791 portait, comme l'art. 2 de la loi du 25 ventose an 11, que les Notaires *sont institués à vie*; mais il ajoutait ce que ne fait pas celui-ci: *et ils ne pourront être destitués que pour cause de prévarication préalablement jugée.*

» Pourquoi cette seconde disposition est-elle retranchée de la loi du 25 ventose an 11? Ce n'est sûrement pas pour faire entendre

qu'un Notaire ne pourrait pas être destitué *pour cause de prévarication préalablement jugée*. Il faut donc que ce soit pour faire entendre qu'un Notaire peut être destitué pour toute espèce de cause grave qui ne porterait pas le caractère de prévarication. Et en effet, il serait trop étrange que la destitution ne pût pas atteindre un Notaire qui ne trahirait aucun des devoirs essentiels de sa place, mais qui, dans sa vie privée, braverait scandaleusement toutes les convenances, ou par ses attentats journaliers à l'ordre public, attirerait sur lui des condamnations correctionnelles. Ce n'est donc pas pour abroger, mais au contraire pour étendre la seconde disposition de l'article cité de la loi du 29 septembre 1791, que l'art. 2 de la loi du 25 ventôse an 11 ne la renouvelle pas. Il est donc dans l'esprit de l'art. 2 de la loi du 25 ventôse an 11, qu'un Notaire puisse être destitué, et pour toute espèce de prévarication, même non caractérisée par les autres articles de cette loi, et pour toute espèce de cause grave que les autres articles de cette loi n'ont pas davantage déterminée.

» Aussi la cour l'a-t-elle ainsi jugé dans l'affaire du Notaire Ryex, par l'arrêt du 13 décembre 1810, dont nous avons déjà eu l'honneur de vous rendre compte.

» Dans cette affaire le Notaire Ryex s'était spécialement attaché, tant en première instance qu'en cause d'appel, à établir que l'art. 11 de la loi du 25 ventôse an 11, auquel il était jugé avoir contrevenu, ne portant point la peine de destitution, il n'était pas permis aux tribunaux de la lui appliquer. Mais ni les premiers juges ni la cour de Bruxelles n'eurent égard à cette défense; et le Notaire Ryex fut destitué.

» A la vérité, dans sa requête en cassation, le Notaire Ryex n'employait que deux moyens: l'un, qu'il faisait consister dans la prétendue violation de l'autorité de la chose jugée; l'autre, qu'il tirait du défaut de délibération préalable de la chambre des Notaires de Bruges.

» A la vérité, il ne se prévalait plus expressément, devant la cour, du silence de la loi sur la cause qui avait motivé sa destitution: il ne prétendait pas que cette loi eût été violée, en ce que le tribunal de première instance et la cour de Bruxelles avaient prononcé sa destitution pour une cause non déterminée par son propre texte.

» Mais si la loi du 25 ventôse an 11 eût été réellement violée en ce point, la cour n'aurait pas, sinon suppléé d'office le moyen de cassation qui serait résulté de là pour le Notaire Ryex, et était indiqué en toutes lettres dans l'arrêt qu'attaquait cet officier, du moins a déclaré, en termes exprès, *que, d'après les faits déclarés constans par l'arrêt attaqué, la peine de la destitution avait été prononcée contre lui, sans qu'aucune loi eût été violée*.

» Dans ces circonstances et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt qui vous est dénoncé par le procureur général de la cour de Turin; et dans le cas où la cour trouverait de la difficulté à le casser sur la demande de ce magistrat, nous la requérons de le casser sur nos conclusions et dans l'intérêt de la loi ».

Par arrêt du 20 novembre 1811, au rapport de M. Delacoste,

« En ce qui concerne la fin de non-recevoir;

» Attendu que l'action intentée par le procureur du gouvernement près le tribunal de première instance de Turin, à fin de destitution du Notaire Gaudi, était une action publique ayant pour objet l'intérêt de l'ordre social; que cette action dévolue à la cour de Turin, par l'appel du jugement qui l'avait accueillie, n'y a changé ni de nature ni d'objet; que le procureur général près cette cour, en concluant au rejet de cette action, n'a exprimé que son opinion personnelle; que, s'il s'est trompé, son erreur ne peut pas préjudicier à la société, ni par conséquent maintenir irrévocablement un fonctionnaire public dans une place dont il serait de l'intérêt de la société de l'écarter; qu'il peut donc, mieux éclairé, recourir, pour réparer cette erreur, à la voie de la casssation, laquelle est ouverte par la loi contre tous les arrêts qui la violent; qu'à la vérité, la loi a précisé des cas où la voie de cassation est fermée à ceux qui s'en sont privés par leur propre fait; mais qu'elle n'a pas rangé parmi ces cas, celui où un officier du ministère public aurait donné des conclusions conformes à l'arrêt qu'il voudrait ensuite attaquer; que les officiers du ministère public ne sont déclarés par la loi non-recevables à se pourvoir en cassation, que lorsqu'ils ont laissé écouler, sans prendre cette voie, le délai qu'elle leur fixe à cet effet; et qu'il n'est pas permis d'étendre de pareilles dispositions d'un cas à un autre;

» La cour rejette la fin de non-recevoir;

» Et statuant sur le fond de la demande en cassation,

» Vu la loi du 25 ventôse an 11, relative au notariat....; vu aussi l'arrêté du gouvernement du 2 nivôse an 12, relatif aux chambres des Notaires....;

» Et attendu 1°. qu'en déclarant, par son premier article, que les Notaires sont institués à vie, la loi du 25 ventôse an 11 n'a pas entendu qu'ils ne pussent être suspendus ni destitués par les tribunaux pour causes graves; qu'elle a seulement voulu les distinguer de certains fonctionnaires ou employés que le gouvernement peut suspendre ou révoquer à son gré et sans autres motifs que sa volonté;

» 2°. Qu'en indiquant par les art. 6, 16, 23, 26 et 33, trois cas où les tribunaux sont tenus de suspendre, et trois cas où ils sont tenus de destituer les Notaires, la même loi ne s'est pas exprimée limitativement et n'a pas dit que, dans d'autres cas aussi graves ou plus graves encore, les tribunaux ne pouvaient ni les suspendre ni les destituer; qu'au contraire, elle a dit, art. 53, que toutes *suspensions* et *destitutions* des Notaires seraient prononcées par les tribunaux, et qu'elle l'a dit, non par relation aux cas indiqués dans les articles cités, mais d'une manière absolue;

» 3°. Que l'arrêté du gouvernement du 2 nivôse an 12, qui a été rendu pour l'exécution de la loi du 25 ventôse an 11 et doit par conséquent en déterminer le véritable sens, annonce très-clairement que les Notaires peuvent être suspendus hors des cas spécialement indiqués par les art. 6, 23 et 33, puisqu'il prescrit une délibération sur la durée de la suspension qu'il autorise, et que cette délibération serait à la fois inutile et inconvenante, si elle avait pour objet l'un des cas prévus par ces derniers articles, lesquels fixent eux-mêmes la durée de la suspension qu'ils obligent les tribunaux de prononcer; que les règles étant les mêmes pour les suspensions que pour les destitutions, la faculté qui est attribuée aux juges de suspendre les Notaires de leurs fonctions, hors des cas indiqués par les art. 6, 23 et 33, emporte nécessairement celle de les destituer hors des cas indiqués par les art. 6, 16 et 26;

» Attendu 4°. que la cour d'appel de Turin s'est déterminée à rejeter la demande en destitution du Notaire Gaudi, non par le défaut de gravité de la cause sur laquelle cette demande était fondée, mais uniquement par la supposition que les cas de destitution précisés par les art. 6, 16 et 26, seraient les seuls où les Notaires pussent être légalement destitués; que cette supposition est évidemment contraire tant à l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11 qu'aux art. 11 et 12 de l'arrêté du gouvernement du 2 nivôse an 12; qu'ainsi, la cour d'appel de Turin a violé ladite loi et ledit arrêté;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».

La même chose avait été jugée trois semaines auparavant, à la section des requêtes. Voici le fait.

Le 9 janvier 1810, jugement du tribunal correctionnel de Coni, qui déclare le sieur Tarrichi, Notaire, coupable d'escroquerie en matière de conscription et le condamne aux peines portées par la loi.

Le 10 décembre suivant, le procureur du gouvernement au tribunal civil d'Alba fait assigner le sieur Tarrichi à l'audience de ce tribunal, pour se voir destituer, d'après ce jugement, de ses fonctions de Notaire.

Le sieur Tarrichi invoque la règle *Non bis in idem*, et soutient d'ailleurs que la condamnation d'un Notaire à une peine correctionnelle, n'est point placée par la loi du 25 ventôse an 11, au nombre des causes de destitution.

Jugement qui rejette le réquisitoire du procureur du gouvernement.

Appel de la part de cet officier.

Le 11 mars 1811, arrêt de la cour de Turin qui prononce la destitution du sieur Tarrichi,

« Attendu que l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11 donne aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de prononcer toutes les suspensions, destitutions ou condamnations à des amendes qui peuvent avoir été encourues par des Notaires; que cet article a été ainsi interprété par le chef suprême de la magistrature, dans des lettres des 23 février et 16 novembre 1810, et par la cour de cassation, dans son arrêt du 13 décembre de la même année;

» Que la destitution du Notaire Tarrichi n'est point une peine nouvelle pour le délit dont il a été déclaré convaincu, mais une simple suite, une conséquence naturelle du jugement du tribunal correctionnel, qui l'a déclaré *escroc;*

» Que c'est par mesure de discipline, et non comme nouvelle peine pour l'escroquerie, qu'il devait être déclaré incapable de continuer de remplir des fonctions aussi pures, aussi importantes que celles de Notaires ».

Le sieur Tarrichi se pourvoit en cassation, mais par arrêt du 31 octobre 1811, au rapport de M. Lasaudade,

« Attendu 1°. que l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11 autorise les tribunaux civils à prononcer *toutes suspensions et destitutions* des Notaires, à la poursuite du ministère public;

» 2°. Que les art. 6, 16 et 26 de la susdite loi ne limitent point aux seuls cas y expri-

més, le pouvoir que l'art. 53 accorde aux tribunaux;

» 3°. Que l'arrêt dénoncé, en prononçant comme mesure de discipline, la destitution d'un Notaire déclaré coupable d'escroquerie par un jugement du tribunal correctionnel, n'a point violé la regle *Non bis in idem;*

» La cour rejette le pourvoi ».

C'est sur le même principe qu'est fondé l'arrêt suivant :

Le 3 juillet 1810, le procureur du gouvernement au tribunal civil de Verdun dénonce à la chambre de discipline des Notaires du lieu, le sieur Chenin, Notaire, comme coupable d'avoir contrevenu à l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an 11, en s'adjugeant à lui-même et à son gendre, sous le nom d'une personne interposée, la coupe d'un bois qu'il avait vendu aux enchères en sa qualité d'officier public.

La chambre de discipline prend des informations sur les faits contenus dans cette dénonciation; et après avoir entendu le Notaire inculpé, elle donne un avis portant qu'il y a lieu de le suspendre de ses fonctions, au moins pendant trois mois.

Le procureur du gouvernement fait assigner le sieur Chenin à l'audience du tribunal civil, et conclud à ce qu'il soit suspendu de ses fonctions pendant six mois, avec impression et affiche du jugement à intervenir, au nombre de deux cents exemplaires.

Le 21 du même mois, jugement qui suspend le sieur Chenin pour trois mois seulement.

Appel de la part du procureur du gouvernement.

Le procureur général de la cour de Nancy adhère à cet appel, et conclud à la destitution du Notaire Chenin.

Le 4 janvier 1811, arrêt par lequel la cour de Nancy déclare que le Notaire Chenin ne pourrait être destitué que par l'autorité souveraine, et se borne à le suspendre pendant six mois.

Recours en cassation de la part du ministère public; et le 30 décembre de la même année, arrêt, au rapport de M. Cochard, qui,

« Vu l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11, contenant organisation du notariat;

» Et attendu que la cour d'appel de Nancy, après avoir reconnu comme constans des faits assez graves pour faire prononcer contre le defendeur la destitution de son office de Notaire, bien qu'elle eût ensuite déclaré qu'elle était dans l'impuissance d'apprécier complétement l'intensité des preuves qui résultaient des dépositions des personnes entendues par la chambre de discipline des Notaires, parce qu'elles n'avaient pas été rédigées par écrit, ladite cour ne s'est néanmoins déterminée à le condamner à une simple suspension de l'exercice de ses fonctions, que par le motif principal qu'elle n'était pas investie d'un pouvoir suffisant pour statuer sur sa destitution;

» De tout quoi il résulte qu'elle a fait une fausse interprétation dudit art. 53, qui attribue le pouvoir aux tribunaux civils, de statuer, suivant l'exigence des cas et la gravité des circonstances, sur la suspension, la destitution ou la condamnation à l'amende, et aux dommages-intérêts;

» Par ces considérations, la cour casse et annulle..... ».

C'est d'après la jurisprudence établie par tous ces arrêts, qu'un arrêté du Roi des Pays-Bas, du 12 septembre 1822, ordonne art. 7,

» Vu l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11, et considérant que, d'après la jurisprudence établie au sujet de cet article, soit par diverses décisions, soit par des instructions expresses, les tribunaux se trouvent, entr'autres cas d'une poursuite intentée d'office, investis du pouvoir discrétionnaire de prononcer, sans avis préalable de la chambre de discipline, la suspension ou destitution des notaires;

» Que les procureurs généraux et autres officiers de justice requerront, contre les notaires en contravention aux règles établies par la loi du 12 juin 1816 (rapportée au mot *Mineur*, §. 3), l'application des peines comminées par la loi, et provoqueront, selon les circonstances, leur suspension ou leur destitution par les tribunaux.

» Entendons que nos cours et tribunaux usent du pouvoir discrétionnaire qui leur est déféré à l'égard des Notaires, et dont nous voulons qu'ils demeurent investis, de manière à garantir l'exécution régulière des lois et reglemens, dont il importe que les Notaires ne s'écartent point impunément (1).

* [[III. Passons à l'incompatibilité de l'état de Notaire avec certaines fonctions.

La loi prononce cette incompatibilité avec les fonctions de juges, de procureurs généraux et leurs substituts, de greffiers, avoues, huissiers, préposés à la recette des contributions directes ou indirectes, juges de paix, greffiers et huissiers de juges de paix, commissaires de police, et commissaires aux ventes ou commissaires priseurs (*Art. 7 de la loi*).

L'incompatibilité a été étendue aux fonctions

(1) Journal Officiel du royaume des Pays-Bas, tome 1er, partie 3, n°. 43.

1° De sous-préfet, par un arrêté du gouvernement, du 3 brumaire an 12;

2° De membre du conseil de préfecture, par un avis du conseil d'état, du 10 ventôse an 13;

3° Enfin, de contrôleur des contributions, par une décision du ministre des finances, du 8 prairial an 13.

Le Notaire, qui, à l'époque de la publication de la loi du 25 ventôse an 11, réunissait des fonctions incompatibles, a dû faire, dans les trois mois, son option, et en déposer l'acte au greffe du tribunal de première instance de sa résidence; sinon, il a dû être considéré comme démissionnaire de son état, et remplacé, s'il y avait lieu au remplacement. (*Art.* 66 *de la loi*).

Ces dispositions ne paraissent s'appliquer qu'aux Notaires qui, à l'époque de la loi du 25 ventôse an 11, avaient d'autres fonctions déclarées incompatibles; mais elles doivent nécessairement s'étendre,

1.° Aux nouvelles incompatibilités prononcées par les arrêtés des 3 brumaire an 12, 10 ventôse et 8 prairial an 13;

2.° Aux Notaires qui, depuis la loi du 25 ventôse an 11, ont accepté, ou qui pourraient accepter par la suite des fonctions incompatibles avec leurs places.

Dans tous les cas, les Notaires doivent se conformer au vœu de l'art. 66, sous les peines prononcées par la loi.

§. IV. *Du nombre, du ressort et de la résidence des Notaires.*

I. La loi a chargé le gouvernement de fixer le nombre des Notaires pour chaque département, ainsi que leur placement et leur résidence. Elle a voulu cependant que cette fixation fût faite de manière 1° que, dans les villes de cent mille habitans et au-dessus, il y eût un Notaire au plus pour six mille habitans; 2° que, dans les autres villes, bourgs ou villages, il y eût deux Notaires au moins, ou cinq au plus, par chaque arrondissement de justice de paix. (*Art.* 31).

Mais les suppressions ou réductions de places n'ont dû être effectuées que par mort, démission ou destitution. (*Art.* 32).

II. Le ressort des Notaires est réglé par le lieu fixé par leur commission pour leur résidence.

Ceux qui habitent des villes où est établie la cour d'appel, exercent leurs fonctions dans toute l'étendue du ressort de cette cour.

Ceux qui résident dans des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance, peuvent instrumenter dans toute l'étendue du ressort de ce tribunal.

Enfin, ceux des autres communes ne peuvent exercer que dans l'étendue du ressort du tribunal de paix. (*Art.* 5).

« Pour justifier ces trois classes de Notaires » (le rapporteur du tribunat a observé que), » de tout temps, l'exercice du notariat avait » été circonscrit dans des limites territoriales » hors desquelles les Notaires n'avaient plus » de caractère. La loi (a-t-il ajouté) consacre » le même principe. Elle l'a accommodé au » plan général du système judiciaire. Il a paru » juste que les *officiers de la juridiction volontaire* (1), eussent la même étendue de » ressort que les magistrats de la juridiction » contentieuse ».

On a vu les peines qu'encourt le Notaire qui instrumente hors de son ressort. Il fait de plus un acte nul, parcequ'il n'est alors qu'un homme privé, ne pouvant donner à son acte le caractère d'authenticité que la loi attribue aux actes reçus par les Notaires dans l'étendue de leurs ressorts.

Il faut cependant remarquer que, d'après l'art. 68 de la loi du 25 ventose an 11, et l'art. 1313 du Code civil, si l'acte reçu par un Notaire hors de son ressort, est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il vaudra comme écrit sous signature privée; mais, dans ce cas même, le Notaire est passible des dommages-intérêts des parties, pour le tort qu'elles éprouvent de ne pas avoir un acte authentique.

Le Notaire ne peut pas changer la résidence qui lui a été assignée par sa commission, sous peine d'être remplacé comme démissionnaire.

Les lois anciennes, celle même de 1791, imposaient également au Notaire l'obligation de rester dans sa résidence: « s'il pouvait » (disait le rapporteur du tribunat) transférer » à son gré sa résidence, la loi aurait manqué » son but, tant pour l'avantage de la société » que pour celui des Notaires en particulier. » On verrait la majeure partie d'entre eux » abandonner les campagnes, et venir habiter » les villes, pour la résidence desquelles d'autres Notaires auraient payé un cautionnement plus considérable ».

« Les Notaires, ajoutait le rapporteur au » corps législatif (M. Jaubert) sont nommés » pour les besoins des citoyens. Leur nombre » et leur placement seront en effet déterminés » par les localités. Si donc un Notaire ne ré-

(1) Expression impropre. *V.* l'article *Mariage*, sect. 4, §. 1, n°. 3, 3°. question.

» side pas au milieu d'eux, le gouvernement » ne doit voir qu'un démissionnaire dans celui » qui renonce, par son fait, au pacte solennel » qu'il a formé avec la société ».

Quelques difficultés s'étant élevées sur le ressort et la résidence des Notaires, dans certains cas particuliers, elles ont été soumises au conseil d'état de la manière suivante :

« 1.º Les Notaires résidant dans les bourgs et villages qui font partie d'une justice de paix dont le chef-lieu se trouve dans une ville où est établie une cour d'appel ou un tribunal de première instance, doivent-ils être considérés comme Notaires de la ville? Sont-ils recevables à demander une commission de Notaire de première ou de seconde classe? Doivent-ils en fournir le cautionnement?

» 2º. Si ces Notaires attachés à des justices de paix dont le chef-lieu est fixé dans une ville où siége un tribunal supérieur, ne sont considérés que comme Notaires de troisième classe, auront-ils le droit d'exercer dans la ville, concurremment avec les Notaires de la cour d'appel ou du tribunal de première instance?

» 3.º Les Notaires résidant actuellement dans la ville, concourront-ils avec ceux résidant dans les bourgs ou villages, pour former l'établissement des Notaires de la justice de paix dont le chef-lieu est dans l'intérieur de la ville » ?

Ces trois questions ont été décidées par un avis du conseil d'état, du 30 thermidor an 12, approuvé le 7 fructidor suivant. Le conseil d'état a pensé,

« Sur la première question, qu'on ne peut considérer comme Notaires ayant droit d'instrumenter dans tout le ressort d'une cour d'appel ou d'un tribunal de première instance, que ceux dont la résidence est fixée dans les villes où siégent ces tribunaux; qu'au contraire, ceux qui résident dans d'autres communes, n'ont droit de réclamer qu'une commission de Notaire de justice de paix, et ne sont tenus de fournir de cautionnement qu'en cette qualité;

» Sur la seconde question, que la loi du 25 ventôse an 11 accordant aux Notaires de simples justices de paix ou de troisième classe, le droit d'exercer leurs fonctions dans toute l'étendue de la justice de paix, ceux résidant dans une commune rurale dont le chef-lieu est dans une ville où siége, soit une cour d'appel, soit un tribunal de première instance, peuvent, lorsqu'ils en sont requis, se transporter dans la partie de ces villes dépendant de leur justice de paix, pour y instrumenter; mais qu'ils ne peuvent ouvrir étude, ni conserver le dépôt de leurs minutes, ailleurs que dans le bourg ou village qui leur est assigné pour leur résidence;

» Sur la troisième question, que l'art. 31 de la loi du 25 ventôse an 11 voulant que le nombre des Notaires soit fixé en raison de la population et du ressort, les Notaires de la ville doivent, dans le cas posé en la seconde question, concourir avec ceux des bourgs ou villages, pour former l'établissement des Notaires des justices de paix, dans la proportion du nombre d'habitans que renferme la ville, avec celui des communes rurales dépendant de la même justice de paix ».

§. V. *Des devoirs particuliers des Notaires dans l'exercice de leurs fonctions.*

I. Un notaire doit prêter son ministère, lorsqu'il en est requis. (*Art. 3 de la loi du 25 ventôse an 11*).

S'il le refuse sans motif fondé, il peut être puni d'une interdiction ou d'une suspension. C'est ce qui résulte d'une lettre circulaire du grand juge, ministre de la justice, adressée le 28 ventôse an 13, aux procureurs du gouvernement au sujet des chambres des Notaires qui refusaient de délibérer sur les demandes qui leur étaient portées, [[et qui est rapportée ci-dessus §. 3, nº. 2, dans les conclusions du 20 novembre 1811.]]

Mais, si les Notaires sont obligés de prêter leur ministère, lorsqu'ils en sont valablement requis, ils sont également obligés de le refuser 1º aux personnes incapables de contracter, ou qui se trouvent dans un état à ne pas avoir une volonté libre; 2º pour des choses qui ne sont pas de leur compétence, ou qui sont prohibées par la loi. (*Art. 1170 du Code civil*).

II. Un des premiers devoirs du Notaire est de connaître l'état et la demeure des parties pour lesquelles il reçoit un acte, ou de se le faire attester dans l'acte même, par deux citoyens à lui connus, ayant les qualités requises pour être témoins instrumentaires, et dont il faut qu'il énonce dans l'acte, les noms, prénoms, qualités et demeures. (*Art. 11 et 13 de la loi*).

La même obligation avait déjà été imposée aux Notaires par l'art. 65 de l'ordonnance de Louis XII de 1498, et par l'art. 7 du chap. 19 de l'ordonnance de François Iᵉʳ. de 1535. *V.* l'article *Inscription sur le grand-livre*, §. 5.

III. Les actes doivent être reçus par deux Notaires ou par un Notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer,

et domiciliés dans l'arrondissement où l'acte est passé. (*Art.* 9 *de la loi*).

Le Code civil fait quelques exceptions à cet article.

1°. Un testament par acte public ne peut être reçu que par deux Notaires assistés de deux témoins, ou par un Notaire assisté de quatre témoins. (*Art.* 191 *du Code*).

2°. Dans le cas d'un testament mystique ou secret, l'acte de souscription doit être fait par un Notaire assisté de six témoins au moins; et lorsque le testateur n'a pas écrit lui-même ses dispositions, un septième témoin doit être appelé à l'acte de souscription. (*Art.* 976 *et* 977 *du Code*). *V.* l'article *Testament*, sect. 2, §. 2, art. 3.

3°. Deux Notaires sont nécessaires pour les procès-verbaux qui se font chez le juge, dans le cas de divorce par consentement mutuel (*Art.* 279 *du même Code*).

4°. Enfin, les témoins instrumentaires doivent, indépendamment des conditions ci-dessus prescrites, être majeurs, mâles, régnicoles et jouissant des droits civils. (*Art.* 25 *et* 980 *du Code*).

IV. Les Notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parens ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelques dispositions en faveur de ces parens ou alliés; c'est ce que porte l'art. 8 de la loi.

[[La disposition de cet article est-elle introductive d'un droit nouveau, ou doit-on l'appliquer aux actes passés avant la loi dont elle fait partie?

Cette question a été agitée à l'audience de la cour de cassation, du 7 août 1811, dans une espèce qui est rapportée, aux mots *Saisie-immobilière*, §. 6, art. 2, n°. 11.

« Le premier moyen de cassation du sieur Barre (ai-je dit à cette audience), se divise en deux branches.

» Et d'abord, de ce que le Notaire Bourguineau qui a reçu l'acte du 7 brumaire an 11, contenant reconnaissance de la dette du sieur Barre envers la succession d'Alexandre Gardien, était beau-frère et oncle de deux des héritiers de celui-ci, on conclud que cet acte était nul et n'a pu servir de fondement à des poursuites en expropriation forcée.

» Pourquoi cet acte était-il nul? Il l'était, dit-on, parceque l'art. 6 de la section 2 de la loi du 29 septembre-6 octobre 1791, sous l'empire de laquelle il a été passé, obligeait les Notaires de se conformer, *dans l'exercice de leurs fonctions, aux anciennes ordonnances et réglemens concernant les Notaires royaux, jusqu'à ce qu'il eût été statué autrement par le corps législatif*; et que, parmi les anciens réglemens concernant l'exercice des fonctions des Notaires royaux, se trouvait l'arrêt du parlement de Paris, du 8 juin 1635, qui faisait *défenses à Guillaume Herbin, Notaire au châtelet et à tous autres Notaires, d'instrumenter pour leurs fils, gendres et parens au degré de l'ordonnance, à peine de faux*.

» Ce moyen est, comme vous le voyez, très-specieux. Voyons ce qu'y opposent les défendeurs, d'après les motifs consignés dans le jugement du tribunal de première instance de Tours, et dans l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans.

» Ils disent d'abord, que les arrêts de réglement des anciennes cours de justice n'ont eu force de loi que pendant l'existence de ces cours; et que leur autorité a cessé du moment que ces cours ont été remplacées par les tribunaux de district.

» Mais c'est là une grande erreur. Sans doute, on ne pourrait pas aujourd'hui casser un jugement en dernier ressort, sous le prétexte que, dans une affaire soumise à l'ancien droit, il aurait contrevenu à un arrêt de réglement rendu sur la matière par un parlement ou conseil supérieur. Mais d'où cela vient-il? De ce que cet arrêt de réglement a été abrogé par la loi qui a supprimé le tribunal dont il était l'ouvrage? Non. Cela vient uniquement de ce que, même sous l'ancien régime, les contraventions aux arrêts de réglement des cours n'étaient pas des moyens de cassation. *Ces réglemens* (disent les nouveaux éditeurs de Denisart, au mot *Cassation*, §. 2, n°. 3), *quoique faits sous le bon plaisir du roi, ne sont pas des lois, mais seulement l'exposé du vœu du tribunal souverain sur des points non décidés par le législateur, et une déclaration que font les magistrats, que jusqu'à ce que le prince statue sur ces points, ils jugeront de telle manière. Mais, quelque respectables que soient ces réglemens, ils n'émanent pas de l'autorité législative; et par conséquent les jugemens qui y sont contraires, ne peuvent être cassés sur ce fondement, puisqu'ils ne contreviennent point aux lois. D'ailleurs, le tribunal qui a fait le réglement, qui sait les motifs qui l'y ont déterminé, a pu en avoir pour ne pas en appliquer la disposition à l'affaire qu'il a jugée.*

» Mais de là s'ensuit-il que les arrêts de réglemens des anciennes cours auxquels le législateur a lui-même apposé, en les confir-

mant, le sceau de sa puissance, et qu'il a par conséquent érigés en loi proprement dite, ont perdu toute leur force du moment que ces cours ont cessé d'exister? De là s'ensuit-il que les contraventions à ces arrêts de réglement, ne peuvent pas aujourd'hui être réprimées par la cassation? Non certainement.

» Cent fois, la section criminelle de la cour a cassé des jugemens qui, en matière de police, avaient refusé d'appliquer les peines portées par d'anciens arrêts de réglement, et avaient, par là, contrevenu à l'art. 46 du tit. 1er. de la loi du 22 juillet 1791, qui veut que les anciens réglemens relatifs à la police, continuent d'être exécutés.

» Et vous-mêmes, Messieurs, vous avez cassé, le 16 brumaire an 6 et le 14 nivôse an 10, un jugement en dernier ressort du tribunal civil du département d'Isle-et-Vilaine, et un arrêt de la cour d'appel de Rouen, qui avaient contrevenu à l'arrêt de réglement du parlement de Normandie de 1666, connu sous le nom *de Placités*, et approuvé par une déclaration de Louis XIV, du 14 janvier 1698.

» Or, ce qu'a fait la loi du 22 juillet 1791, relativement aux anciens réglemens de police des parlemens, ce qu'avait fait Louis XIV par sa déclaration du 14 janvier, relativement aux placités de 1666, la loi du 29 septembre-6 octobre 1791 l'a fait relativement aux arrêts de réglement que les parlemens avaient rendus sur le notariat.

» Il n'est donc pas permis de douter qu'un arrêt qui, dans une matière soumise à l'ancien droit, violerait un arrêt de reglement relatif au notariat, ne dût être cassé ni plus ni moins que s'il eût violé une loi proprement dite. La première réponse des défendeurs au moyen de cassation dont il s'agit, ne mérite donc aucune espèce de considération.

» La deuxième est-elle mieux fondée? Elle consiste à dire que le Notaire Bourguineau est bien allié, aux degrés de beau-frère et d'oncle, de deux frères des demoiselles Gardien; mais qu'il ne l'est en aucune manière des demoiselles Gardien elles-mêmes; et que c'est à elles que, par le partage de la succession de leur père, est échue la créance reconnue au profit de cette succession, par l'acte du 7 brumaire an 11.

» Mais si le sieur Barré, au lieu de reconnaître volontairement cette créance, l'avait contestée; s'il avait fallu l'assigner en justice pour le faire condamner à en payer le montant; si, au jugement qui aurait prononcé sur cette contestation, étaient intervenus, quoique valablement récusés, deux magistrats qui eussent été, l'un beau-frère, l'autre oncle, de deux des co-héritiers des demoiselles Gardien; et qu'il fut aujourd'hui question de prononcer sur ce jugement; oserait-on prétendre que la nullité de ce jugement fût couverte par la circonstance que, depuis il aurait été fait, entre les héritiers d'Alexandre Gardien, un partage qui eût fait tomber la créance dans le lot des defenderesses? Non, sans doute. On serait forcé de convenir que la question de savoir si un jugement est ou non marqué au coin de l'impartialité qui est de son essence, ne dépend et ne peut dépendre que de la position dans laquelle se trouvent les juges et les parties au moment où il est rendu; et que tout ce qui a pu survenir depuis, ne peut en purifier le vice originel. Eh bien! Il en doit être de même d'un acte notarié; *ubi eadem ratio*, *ibi idem jus*.

» On répond en troisième lieu, que ce n'est point par les héritiers d'Alexandre Gardien que le Notaire Bourguineau a été choisi pour la passation de l'acte du 7 brumaire an 11; et qu'il l'a été par le sieur Barré lui-même.

» La chose n'est guère vraisemblable, surtout d'après le soin qu'a pris le Notaire Bourguineau de figurer dans l'acte au nom des héritiers d'Alexandre Gardien, et d'accepter pour eux la reconnaissance du sieur Barré. Mais enfin, supposons-la puisqu'elle est établie en fait par l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans: qu'en résultera-t-il?

» Dans la défense que l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an 11 fait aux Notaires de recevoir des actes au profit de leurs parens ou alliés à un certain degré, cet article ne distingue point entre le cas où les Notaires sont choisis par leurs parens ou alliés eux-mêmes, et le cas où ils le sont par les parties qui stipulent ou disposent en faveur de ceux ci. On peut même dire qu'il rejette toute distinction entre ces deux cas, puisqu'il assimile absolument l'acte dans lequel se trouve partie un parent ou allié du Notaire, à l'acte qui *contient quelques dispositions* au profit de ce parent ou allié; et que toujours le Notaire qui reçoit une disposition gratuite entre-vifs ou à cause de mort, est choisi ou censé choisi par l'auteur même de cette disposition. Or, l'arrêt de réglement du 8 juin 1635 est conçu en termes qui répondent parfaitement à ceux de l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an 11: *fait défenses*, porte-t-il, *à Herbin et à tous autres Notaires*, d'*instrumenter pour leurs fils*, *gendres et parens au degré de l'ordonnance*. Ces mots, *instrumenter pour*, comprennent évidemment le cas où les parens ou alliés du Notaire sont parties dans l'acte, et le cas où l'acte dispose en leur faveur, sans qu'ils y soient parties. L'arrêt

du 8 juin 1635 ne permet donc pas de distinguer entre le cas où le Notaire a été choisi par ses parens ou alliés, et le cas où il l'a été par la partie qui a stipulé ou disposé à leur profit.

» On répond, en quatrième lieu, que le Notaire Bourguineau n'a pas reçu seul l'acte du 7 brumaire an 11; qu'il l'a reçu conjointement avec un autre Notaire de Château-Renaud, et que celui-ci n'était ni parent ni allié d'aucun des héritiers d'Alexandre Gardien.

» Mais qu'importe? Pour que l'acte du 7 brumaire an 11 puisse valoir comme acte notarié, pour qu'il puisse servir de base à un commandement, à une saisie immobilière, à une expropriation forcée, il ne suffit pas qu'il ait été reçu par un Notaire; il faut qu'il l'ait été, on par deux Notaires, ou par un Notaire assisté de deux témoins. Or, si, dans l'acte du 7 brumaire an 11, nous faisons abstraction de la personne du sieur Bourguineau, qu'y restera-t-il? Rien qu'un seul Notaire. Cet acte est donc nul, si le Notaire Bourguineau était incapable de le recevoir.

» On répond, en cinquième lieu, que la créance reconnue par l'acte du 7 brumaire an 11, n'est pas contestée.

» Mais qu'importe encore? Elle n'est pas contestée en soi, comme créance privée. Mais elle est contestée comme créance reconnue par acte public, elle est contestée comme créance exécutoire; et que faut-il de plus?

» Enfin, on répond que l'arrêt de règlement du 8 juin 1635 ne déclare pas nuls les actes reçus par les Notaires au profit de leurs parens ou alliés au degré prohibé; qu'il soumet seulement à *la peine du faux* les Notaires qui contreviennent à sa défense; et que, dès là, le ministère public est seul recevable à poursuivre ces sortes de contraventions.

» Mais 1°. un acte faux est nécessairement nul, par cela seul qu'il est faux; et la partie qui aurait le droit de rendre une plainte en faux devant les juges criminels pour le faire annuler, a nécessairement aussi le droit d'en poursuivre directement l'annulation devant les juges civils.

» 2°. Quand nous ferions ici abstraction de l'arrêt de règlement du 8 juin 1635, il en resterait un autre qui ne laisserait là-dessus aucun doute. C'est celui qui a été rendu, le 11 août 1607, pour les Notaires du bailliage de Tours, dans le ressort duquel se trouvait alors la ville de Château-Renaud, et qui a été publié à l'audience de ce bailliage, en vertu d'un jugement du 1er. décembre suivant, dont nous trouvons le texte littéral dans les additions au Commentaire de Constant, sur la coutume de Poitou, art. 332 et 333. Or, voici comment est conçu cet arrêt: *Aussi a fait et fait inhibitions et défenses à tous Notaires de passer et recevoir aucuns contrats au profit de leurs enfans, gendres, pupilles, étant en leurs tutelle ou curatelle, et cousins-germains*........, SOUS PEINE DE NULLITÉ.

» Il n'y a donc rien, absolument rien, soit dans les motifs de l'arrêt attaqué, soit dans ce qu'y ont ajouté les défendeurs, qui puisse écarter le moyen de cassation que tire le sieur Barré de la circonstance que l'acte du 7 brumaire an 11 a été reçu par un Notaire qui se trouvait à la fois beau-frère et oncle de deux des héritiers d'Alexandre Gardien.

» Nous ne vous proposerons cependant pas d'adopter ce moyen, et voici pourquoi.

» L'arrêt de règlement du 11 août 1607 et celui du 8 juin 1635 défendent bien aux Notaires d'instrumenter, l'un, *pour leurs fils, gendres, pupilles étant en leur tutelle ou curatelle, et cousins-germains*; l'autre, *pour leurs fils, gendres et parens au degré de l'ordonnance*. Mais ni l'un ni l'autre n'étendent cette prohibition jusqu'aux Notaires qui sont alliés des parties à un autre degré que celui de leur beau-père.

» C'est la remarque de Lelet sur l'art. 368 de la coutume de Poitou: *comme l'arrêt* (dit-il, au sujet de celui du 11 août 1607) *ne parle point des alliés, la difficulté est restée entière à leur égard. Quelques-uns qui, s'attachant à la disposition de cet arrêt qui* introduit un droit nouveau, *ont estimé qu'il fallait précisément suivre les termes dudit arrêt qui ne sont prohibitifs qu'à l'égard des enfans des Notaires, de leurs gendres, des pupilles étant en leur tutelle, et de leurs cousins-germains; attendu que les prohibitions doivent toujours être restreintes aux cas portés par icelle, et comme étant odieuses, l'on ne doit faire extension d'un cas à l'autre; en sorte que le parlement ayant spécifié ceux à l'égard desquels il avait fait la prohibition, il n'a entendu parler des autres non spécifiés, particulièrement pour ce qui est des alliances; toutefois l'usage a été au contraire, et cette prohibition a été étendue aux alliances dans les mêmes degrés mentionnés dans ledit arrêt, la même cause du suspicion se pouvant trouver dans la personne des alliés aussi bien que des véritables parens, et partant*, ubi eadem ratio, ibi idem jus. *Et pour résoudre cette question en termes de droit, l'on peut dire que*

les alliés n'y sont pas compris summo jure, *mais bien* ex æquitate.

» Là-dessus trois observations.

» 1°. Lelet convient que l'arrêt de réglement du 11 août 1607 a *introduit un droit nouveau*. Et en effet, il est certain qu'abstraction faite de toute loi particulière, de tout réglement spécial, les Notaires peuvent instrumenter, non-seulement pour leurs alliés au degré de beau-frère ou d'oncle, mais même pour leurs parens les plus proches.

» Bouvot, qui écrivait dans le ressort du parlement de Dijon à une époque où il n'existait ni loi ni réglement sur cette matière, demande, dans son recueil de *questions notables*, au mot *Notaire*, n°. 7, *si un père peut recevoir un contrat pour son fils, le gendre pour son beau-père, l'oncle pour le neveu*; et voici sa réponse : *a été répondu qu'il le peut, parcequ'ils sont juges cartulaires par le consentement des parties, et leur juridiction est volontaire; et tout soupçon que l'on pourrait prendre contre eux de commettre fausseté, étant purgé par les ordonnances d'Orléans et de Blois qui veulent que tous contrats soient lus aux parties, en présence des témoins qui signeront ou enquis s'ils savent signer, ce qui peut faire présumer que le Notaire ne peut commettre fausseté. Bartole est de cette opinion sur la loi* si pater, *D.* ad legem Corneliam de falsis.

» Le recueil de la Peyrère, tome 2, page 363, édition de 1807, nous fournit deux arrêts du parlement de Bordeaux, qui consacrent positivement cette doctrine. *Par arrêt rendu à la fin du mois de juillet* 1687 *(y est-il dit), plaidant Faulte pour Godeau, Notaire, et Dudon pour Isabeau Benoit, il fut jugé que Sarauste, Notaire de Bordeaux, avait pu recevoir un testament dans lequel ledit Godeau, son oncle, était héritier institué. Par autre arrêt du* 16 *mars* 1701, *dans la cause de Jean Charles père, et Jean Charles fils, contre Léonard de Boisseuil, au rapport de M. de Montagne, en la première des enquêtes, jugé qu'un Notaire royal, quoique parent de toutes parties, avait pu recevoir la donation faite par ladite Boisseuil auxdits Charles, ses neveux.*

» Raviot sur Périer, quest. 208, nos. 14 et 15, nous retrace trois arrêts du parlement de Dijon qui jugent de même. Le premier, du 25 janvier 1646, *confirme la donation faite au profit du nommé Comminet, par la nommée Déan, mère de sa femme, quoique Thureau, Notaire, fût oncle du donataire.* Le second, du 12 mars 1654, déclare valable *une donation faite par Marguerite Simonot, quoique Denis, Notaire à Mirebeau, fût oncle de la donataire.* Le troisième, du 7 février 1699, déboute le nommé Chauveau de sa demande en nullité d'un contrat de vente qu'il avait fait au profit de Jean Bretin, devant un Notaire qui était oncle, et en présence de témoins dont l'un était neveu de l'acquéreur. *Il résulte de ces arrêts*, dit Raviot, *que la même proximité qui rend un juge récusable en fait de juridiction contentieuse, n'est pas un moyen de récusation contre la personne d'un Notaire qui n'est que juge de convention, juge cartulaire, juge de juridiction volontaire.*

» 2°. Quand même nous supposerions avec Lelet, que l'arrêt de réglement du 11 août 1607, quoiqu'introductif d'un droit nouveau, dût être étendu aux Notaires alliés à un autre degré que celui de beau-père, pourrait-on conclure de là qu'un arrêt qui eût jugé le contraire, fût passible de cassation? Il s'en faut beaucoup. Lelet est forcé de dire que les alliés ne sont compris dans l'arrêt de réglement, que *ex æquitate*, et qu'ils ne le sont pas *summo jure*. C'est comme s'il disait que juger les alliés non compris dans l'arrêt de réglement, ce serait ne pas contrevenir expressément à cet arrêt; or, il est bien constant, et l'art. 66 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8 dit en toutes lettres, que les jugemens en dernier ressort ne peuvent être cassés que pour *contravention expresse aux lois*.

» 3°. Mais il y a plus. Il n'est même pas vrai, quoi qu'en dise Lelet, que la jurisprudence du parlement de Paris ait donné à l'arrêt de réglement du 11 août 1607 l'extension proposée par cet auteur; et nous en trouvons la preuve dans un arrêt du 9 juillet 1659 qui est rapporté en entier par Langlois, dans le *Traité des droits, priviléges et fonctions des Notaires au châtelet de Paris*, page 505. Louise Godefroy demandait la nullité de deux contrats qui avaient été passés par devant le Notaire Guillaume Leroux, l'un au profit de la belle-mère, l'autre au profit d'un oncle de la femme de cet officier; et elle invoquait, à l'appui de sa demande, l'arrêt de réglement du 8 juin 1635, qui, à l'instar de celui du 11 août 1607, défendait aux Notaires d'instrumenter *pour leurs fils, gendres ou parens au degré de l'ordonnance*. Mais comme le Notaire Leroux n'était ni père, ni beau-père, ni *parent*, mais seulement gendre et beau-neveu des deux parties dont il s'agissait, la demande de Louise Godefroy fut rejetée.

» L'arrêt qui vous est ici dénoncé, n'a donc

contrevenu, en jugeant valable l'acte du 7 brumaire an 11, quoiqu'il eût été reçu par un Notaire qui était à la fois beau-père et bel-oncle de deux des parties, ni à l'arrêt de règlement du 11 août 1607, ni à celui du 8 juin 1635, ni par suite, à l'art. 6 de la loi du 29 septembre 1791.

» Mais cet arrêt n'a-t-il pas contrevenu à l'article suivant de la même loi? C'est la question qui naît de la seconde branche du premier moyen de cassation du sieur Barré.

» Suivant cet article, dit le sieur Barré, *les Notaires peuvent, sur la réquisition d'une partie intéressée, représenter dans les inventaires, ventes, comptes, partages et autres opérations amiables, les absens qui n'auront pas de fondés de procurations spéciales et authentiques; mais ils ne peuvent, en même temps, instrumenter dans lesdites opérations*. Or, continue le sieur Barré, le Notaire Bourguineau, qui a représenté les héritiers d'Alexandre Gardien dans l'acte du 7 brumaire an 11, qui y a accepté, en leur nom, la reconnaissance que j'y faisais de ma dette, n'a pas laissé de figurer dans cet acte comme officier instrumentant. On a donc procédé, dans cet acte, d'une manière qui contrevient directement à l'article cité. L'arrêt que j'attaque, a donc violé cet article, en déclarant valable l'acte du 7 brumaire an 11.

» Quelques réflexions très-simples feront évanouir ce raisonnement.

» Si le sieur Barré, au lieu de reconnaître sa dette par un acte public, l'avait reconnue par un acte sous seing privé, aurait-il été nécessaire que cet acte fût fait double? Non: car l'art. 1325 du Code civil qui ne fait à cet égard, que renouveler et consacrer la jurisprudence du parlement de Paris, ne prescrit cette formalité que pour *les actes sous seing-privé qui contiennent des conventions synallagmatiques*. Il aurait donc suffi, dans cette hypothèse, que le sieur Barré remît aux héritiers d'Alexandre Gardien, un simple billet par lequel il se serait reconnu leur débiteur; et ce billet eût été obligatoire pour lui, sans acceptation formelle et écrite de leur part.

» Ce que le sieur Barré aurait pu faire par un acte sous seing-privé, il a pu, sans doute, le faire aussi par un acte public. En donnant à sa reconnaissance la forme d'un acte public, il l'a sans doute revêtue d'un plus grand caractère; mais il n'en a pas changé la nature; il ne l'a pas convertie en obligation synallagmatique; il n'y a pas nécessité l'acceptation des héritiers d'Alexandre Gardien. Sa reconnaissance, quoique passée devant Notaire, n'a donc pas eu besoin de l'acceptation des héritiers d'Alexandre Gardien, pour être valable et obligatoire. C'est donc par surabondance, c'est donc par un pléonasme ridicule en soi et qui n'a eu d'autre cause que l'ignorance du Notaire Bourguineau, que le Notaire Bourguineau a déclaré, dans l'acte du 7 brumaire an 11, qu'il acceptait, au nom des héritiers d'Alexandre Gardien, la reconnaissance du sieur Barré.

» Or, c'est un principe universellement reçu, que les clauses surabondantes d'un acte ne peuvent jamais en opérer la nullité: *Utile non vitiatur per inutile*.

» L'acte du 7 brumaire an 11, qui eût été valable sans l'acceptation des héritiers d'Alexandre Gardien, ne peut donc pas être annulé sous le prétexte que le Notaire Bourguineau y a déclaré accepter, au nom des héritiers d'Alexandre Gardien, l'obligation qu'elle contenait à leur profit.

» Que peut, d'après cela, signifier ici l'art. 7 de la sect. 2 de la loi du 29 septembre-6 octobre 1791?

» Cet article n'est relatif qu'aux diverses opérations qui ont lieu dans les partages des successions auxquelles se trouvent appelés des héritiers *absens*, non représentés par des fondés de pouvoirs, concurremment avec des héritiers présens; opérations qui doivent toujours être contradictoires, et auxquelles par conséquent l'intervention des héritiers présens ou absens est toujours nécessaire.

» Mais ici, il ne s'agit, ni d'un partage de succession, ni de rien qui y ait le moindre rapport.

» Mais ici, il n'y a point d'héritiers *absens*.

» Mais ici, il n'est question que d'une simple reconnaissance de dette, pour laquelle la présence des créanciers est absolument inutile et surabondante.

» L'article cité de la loi du 29 septembre 1791 ne peut donc recevoir ici aucune espèce d'application ».

On verra aux mots *saisie immobilière*, que ces raisons ont absolument écarté le premier moyen de cassation du sieur Barré; et que c'est d'après un autre moyen employé par celui-ci, qu'a été cassé l'arrêt qu'il attaquait.

On peut voir encore, sur cette matière, les articles *Légataire*, §. 2, n°. 20; et *Témoin instrumentaire*, §. 2, n°. 3-16.]]

IV *bis*. Deux Notaires parens ou alliés aux degrés ci-dessus indiqués, ne peuvent concourir au même acte. (*Art.* 10 *ibid*).

Les parens ou alliés, soit du Notaire, soit des parties contractantes, aux degrés ci-dessus, leurs clercs et leurs serviteurs, ne peuvent être témoins. (*Art. id*).

Le Code civil, art. 975, ajoute que, « pour » les testamens par acte public, les Notaires » ne peuvent prendre pour témoins, ni les » légataires à quelque titre qu'ils soient, ni les » parens ou alliés de ces légataires, jusqu'au » quatrième degré inclusivement ».

V. Tous les actes doivent énoncer le nom et le lieu de résidence du Notaire qui les reçoit, à peine de 100 francs d'amende contre le Notaire contrevenant (1).

Ils doivent également énoncer les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous les peines prononcées par l'art. 68, et même de faux; si le cas y échoit. (*Art.* 12 *de la loi*).

Il faut remarquer qu'en ordonnant l'énonciation du lieu où l'acte a été passé, la loi n'exige pas seulement celle de la ville, ou de la commune, mais encore celle de la *maison* où l'acte a été reçu. Cette énonciation est nécessaire à la validité de l'acte. et elle est prescrite pour mieux assurer toute sa vérité. L'ordonnance de Blois, du mois de mai 1579, art. 167, imposait cette obligation aux Notaires d'une manière très-expresse; et la loi du 25 ventôse n'a fait que la confirmer (2).

Les actes doivent être signés par les parties contractantes, par les témoins et par les Notaires, qui doivent en faire mention à la fin de chacun (3).

Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, le Notaire doit, à la fin de l'acte, faire mention de leurs déclarations à cet égard. (*Art.* 14 *de la loi*).

L'oubli *d'une de ces formalités* (4) rend l'acte nul, conformément à l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11.

VI. Les Notaires doivent aussi donner la plus grande attention à la forme matérielle des actes, pour se conformer à ce qui leur est prescrit par la loi.

Elle veut que « les actes des Notaires soient » écrits en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune, ni » intervalle; qu'ils contiennent les noms, prénoms, qualités et demeures des parties, ainsi » que des témoins qui sont appelés pour attester l'individualité des parties contractantes » non connues du Notaire; qu'ils énoncent en » toutes lettres les sommes et les dates; qu'ils » annexent à la minute les procurations des » contractans; qu'il soit fait mention que la » lecture de l'acte a été faite aux parties; le » tout à peine de cent francs d'amende contre » le Notaire contrevenant ». (*Art.* 13 *de la loi*).

Elle veut aussi « qu'il n'y ait ni surcharge (1), » ni interligne, ni addition dans le corps » de l'acte; et que les mots surchargés, interlignés ou ajoutés, soient nuls; que les mots » qui devront être rayés, le soient de manière » que le nombre puisse en être constaté à la » marge de leur page correspondante, *ou à la* » *fin de l'acte*, et approuvés de la même manière que les renvois écrits en marge, le » tout à peine d'une amende de 50 francs contre le Notaire, ainsi que de tous dommages » et intérêts, même de destitution en cas de » fraude » (*Art.* 16 *de la loi*).

Il est défendu « aux Notaires de contrevenir » dans leurs actes aux lois et arrêtés du gouvernement concernant les noms et qualifications supprimés, les clauses et expressions féodales, les mesures de la république, » ainsi que la numération décimale » sous peine d'une amende de 100 livres, qui est double en cas de récidive. (*Art.* 17 *de la loi*. (*V.* les articles *Noblesse*, §. 8, et *Poids et Mesures*, §. 2).

Il est également défendu aux Notaires de recevoir des actes dans lesquels la contrainte par corps serait stipulée, hors les cas déterminés par les art. 2060, 2061 et 2062 du Code civil, à peine de nullité, dépens, dommages-intérêts. (*Art.* 2063 *du Code civil*).

Le Notaire peut passer des actes tous les jours de l'année; il en est cependant qu'il ne doit pas faire les jours de dimanches et fêtes légales: je veux parler de ceux qui ont une espèce de caractère judiciaire, comme les

(1) [[Doit-on ajouter à cette peine celle de la nullité de l'acte? *V*. la note sur le réquisitoire du 20 juillet 1809, rapporté à l'article *Testament*, sect. 2, §. 2, n°. 8.]]

(2) [[Cette doctrine n'est pas exacte. *V*. l'article *Testament*, sect. 2, §. 2, art. 6, n°. 14.]]

(3) [[Est-il nécessaire que les Notaires fassent mention de leur propre signature? *V*. l'article *Signature*, §. 2, et §. 3.]]

(4) [[Parmi les formalités que l'auteur de cet article vient d'énumérer, il en est deux dont l'oubli n'emporte certainement pas nullité. *V*. les deux notes précédentes.]]

(1) [[Un acte notarié est-il nul, par cela seul que la date a été surchargée? Et peut-il valoir comme acte sous-seing privé à l'égard de la partie qui ne l'a point signé faute de savoir écrire? *V*. l'article *Ratification*, n°. 9.]]

(2) *V*. l'article *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 2, n°. 5.]]

inventaires, les procès-verbaux, etc. : il doit alors se conformer à l'art. 63 du Code de procédure.

Enfin, les Notaires sont obligés de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent, excepté néanmoins les certificats de vie, les procurations, les actes de notoriété, les quittances de fermages, loyers, salaires, arrérages de pensions et rentes, et *actes simples qui, d'après la loi, peuvent être délivrés en brevet.* (Art. 20 de la loi *du 25 ventôse an 11*).

Cet article, a dit l'orateur du tribunat, n'admet d'exception « que pour les actes dont » le contenu, la nature et les effets, ne pré» sentent qu'un objet ou un intérêt simple en » lui-même et passager ».

Il n'y a pas de loi qui ait spécifié *tous les actes* qui peuvent être délivrés en brevet par les Notaires; cependant une déclaration, du 7 décembre 1723, en a détaillé beaucoup; elle parle, art. 4, « des procurations, avis de pa» rens, attestations ou certificats, autorisation » d'un mari à sa femme, désaveu, répondant » de domestiques, désistement, consentement, » main-levée, élargissement, décharge des pa» piers et meubles, cautionnement, appren» tissages ou alloués, transports d'iceux, » quittances de gages de domestiques, arré» rages de pensions ou rentes, quittances » d'ouvriers, artisans, journaliers, manon» vriers et autres personnes du commun, pour » choses concernant leur état et métier; les » quittances de loyers et fermages; les can» tionnemens des employés des fermes; les » conventions, marchés, obligations, qui n'ex» cèdent pas 300 livres ».

[[Que doit-on décider par rapport aux testamens notariés ?

Suivant M. Grenier (*Traité des donations*, n°. 277), et le *Dictionnaire des notaires*, aux mots *minute* et *testament*, n°s. 26 et 107, ils sont compris dans la catégorie générale des actes dont les Notaires sont tenus de garder minute, et qu'il leur est defendu de remettre aux parties.

Suivant M. Toullier, au contraire (tome 5, n°. 658), et M. Delvincourt, tome 2, page 516, le testateur n'est pas obligé de laisser son testament au Notaire qui l'a reçu; il peut le retenir ou le confier à un ami; et lorsqu'il l'a déposé entre les mains du Notaire, il est toujours maître de l'en retirer, soit pour le supprimer, soit pour le réformer en tout ou en partie.

Cette diversité d'opinions dans une matière où il importe autant que les Notaires aient une règle fixe, a déterminé un sous-secrétaire d'état du département de la justice à soumettre au comité de législation du conseil d'état la question de savoir « si, lorsqu'un testateur » est dans l'intention de révoquer ses dispo» sitions de dernière volonté, et que le tes» tament qui les contient, a été fait par acte » public, le Notaire qui l'a reçu dans ses minu» tes, peut en rendre l'original au testateur ».

Et voici quel a été, le 7 avril 1821, l'avis de ce comité :

« Vu l'edit de mars 1693, la déclaration de 1723, la loi du 25 ventôse an 11, art. 20 et 22;

» Considérant 1°. qu'aux termes de l'art. 20 de la loi du 25 ventose an 11, les Notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils passent;

» Que, suivant le même article, il n'y a d'exception à cette regle que pour les *actes simples* qui peuvent être expédiés en brevet;

» Que les *actes simples* sont, ainsi que le mot l'indique, ainsi que la déclaration de 1723 l'entendait, ainsi que le rapporteur de la loi du 25 ventôse l'a expliqué au corps législatif, *ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou un intérêt simple en lui-même et passager;*

» Que l'on ne peut, dès-lors, comprendre sous la dénomination *d'actes simples*, les testamens qui, quant à leur contenu, à leur nature et à leurs effets, sont, sans contredit, les actes les plus sérieux et les plus solennels;

» D'où la conséquence que les testamens par acte public ne peuvent être expédiés en brevet, et doivent nécessairement être passés en minute;

» Considérant 2°. que, d'après l'art. 22 de la loi précitée de ventôse, les Notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune de leurs minutes, si ce n'est en vertu d'un jugement, à la charge que la pièce extraite de leur étude y soit réintégrée; que cette disposition étant générale, s'applique aux minutes des testamens comme à celles des autres actes; d'où il suit que les Notaires ne peuvent se dessaisir, de leur autorité privée, de l'original d'un testament qu'ils ont reçu;

» Considérant 3°. que, si l'édit de 1693 permettait aux notaires de remettre, sans aucune formalité, à un testateur, la minute même de son testament, cette disposition étant inconciliable avec l'art. 22 de la loi de ventôse, est par cela même formellement abrogée, et que l'on ne peut en exciper;

» Considérant 4°. que les dispositions de la loi de ventôse ne gênent en aucune manière la liberté des testateurs, puisque, s'ils veulent révoquer en tout ou en partie leurs testamens, il n'est pas nécessaire qu'ils en suppriment la minute; l'art. 1035 du Code civil leur indique

un moyen non moins facile et plus propre que tout autre à les garantir de toutes suggestions et surprises ;

» (Le comité de législation du conseil d'état) est d'avis que les Notaires ne peuvent remettre au testateur l'original du testament qu'ils ont reçu; que cet acte ne peut être révoqué en tout ou en partie, que suivant les formes prescrites par l'art. 1035 du Code civil ».

Je m'abstiendrais de toute observation sur cet avis, s'il avait été revêtu du sceau de l'autorite législative; mais comme il ne l'a pas été, et que, dès-lors, il ne peut être considéré que comme une consultation, imposante sans doute par le caractère de ceux qui l'ont souscrite, mais non obligatoire pour les tribunaux et insuffisante pour imposer silence aux jurisconsultes, je me permettrai d'examiner s'il n'a pas interprété l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an 11 tout autrement qu'il ne devait le faire.

Pour bien entendre les termes de cet article, *et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet*, il faut remonter à la législation antérieure.

L'ordonnance de Villers-Cotterets, du mois d'août 1539, portait, art. 173, que « tous Notaires et tabellions, tant de notre Châtelet de Paris, qu'autres quelconques, seront tenus faire fidèlement registres et protocoles *de tous les testamens* et contrats qu'ils passeront et recevront, et iceux garder diligemment, pour y avoir recours quand il sera requis et nécessaire ».

De cette disposition, qui a servi de modele aux lois postérieures concernant les répertoires des Notaires, on a prétendu inferer qu'un Notaire ne pouvait pas remettre au testateur la minute de son testament. Mais le contraire a été jugé formellement par un arrêt du parlement de Paris, du 8 août 1656, que Soefve, tome 2, centurie 1, chap. 44, rapporte en ces termes :

« *S'il est au pouvoir d'un Notaire de rendre au testateur la minute du testament qu'il a reçu, et si, par l'avoir fait, on peut prétendre contre lui quelques dommages et intérêts.*

» Le mardi matin 8e. jour d'août 1656, jugé qu'un Notaire de la ville de Montargis, qui avait reçu un testament, et lequel, trois jours après, avait représenté au testateur la minute d'icelui, sur la requisition qu'il lui en avait faite, laquelle minute ledit testateur aurait en même temps lacérée et jetée au feu, après en avoir pris lecture, pour faire un autre testament, lequel aurait été à l'instant reçu par le même Notaire, n'était point tenu de représenter ladite minute à des neveux et nieces dudit testateur qui sontenaient avoir été rappelés à sa succession par ce premier testament, quoiqu'ils prétendissent qu'un Notaire ayant une fois reçu la minute de quelque acte que ce puisse être, il n'est plus en son pouvoir de s'en dessaisir, mais est obligé de le mettre dans son registre et protocole, avec les autres minutes par lui reçues, pour y avoir recours quand il en est requis suivant les ordonnances de 1539, d'Orléans et de Blois; de maniere que, sur la demande faite contre ledit Notaire, à fin de représentation dudit testament, ou de condamnation des dommages et intérêts envers les parties qui se prétendaient intéressées en icelui, les parties furent mises hors de cour et de procès, plaidant Langlois et de Fontenay ».

Cette manière de juger, bien loin de paraître au législateur, contraire à l'ordonnance de 1539, a reçu son approbation expresse; et il l'a lui même érigée en loi.

L'édit du mois de mars 1693, après avoir, art. 1er., assujéti les notaires à faire enregistrer dans la quinzaine de leur date, au bureau du contrôle de leur arrondissement, *tous les actes reçus et passés par eux*, ajoute, art. 7, « exceptons néanmoins de la rigueur desdits enregistremens, *tous les testamens et donations pour cause de mort, qui demeureront déposés, soit entre les mains des notaires ou en celles des particuliers*, QU'IL SERA LOISIBLE DE RETIRER QUAND BON LEUR SEMBLERA, desquels les Notaires ne pourront délivrer aucunes expéditions après le décès des testateurs, qu'ils n'aient auparavant fait contrôler les minutes en la manière ci-dessus; et en cas que lesdites minutes ne leur aient pas été remises après le décès desdits testateurs, lesdits testamens ne pourront avoir aucune exécution qu'ils n'aient été contrôlés comme dit est ».

Dire que les testateurs pourraient retirer, quand bon leur semblerait, leurs testamens des mains des Notaires à qui ils en auraient confié le dépôt, c'était bien dire que l'obligation imposée à ces officiers par l'ordonnance de 1539, de transcrire les testamens dans leurs protocoles, n'emportait pas pour eux celle de garder minute de ces actes.

A-t-il été dérogé à cette règle par la déclaration du 7 décembre 1723? Non, et il s'en faut de beaucoup. L'art. 4 de cette loi excepte des actes dont les Notaires sont tenus de garder minute, non-seulement ceux qui sont énumérés ci-dessus par M. Favart, mais encore *généralement tous actes simples qui*

n'ont rapport à aucun titre, et ne contiennent aucune obligation respective : et il est clair que les testamens sont compris dans cette exception. D'une part, en effet, ce sont des *actes simples*, puisque les testateurs y sont seuls parties ; de l'autre, ils *n'ont rapport à aucun titre*, puisqu'ils n'ont pour objet ni de reconnaître, ni de ratifier ni de modifier des titres antérieurs, et qu'ils forment à eux seuls des titres tout neufs ; enfin, non-seulement ils ne contiennent aucune *obligation respective* ou synallagmatique, mais ils n'en contiennent même pas d'unilatérale, puisque les testateurs ne s'obligent à rien.

Mais d'ailleurs il y a là dessus deux décisions expresses et positives de l'ancien conseil d'état.

La première est rapportée en ces termes dans le *Dictionnaire des domaines*, au mot *Testament*, §. 1er. tome 3, page 419, de la dernière édition : « L'édit du mois de mars 1693 » porte qu'il sera loisible aux testateurs de re- » tirer leurs testamens quand bon leur sem- » blera. L'exécution en a été ordonnée par » décision du 21 juin 1749, sur le mémoire de » Nicolas de Nausse, du diocèse de Comminge, » qui se plaignait de ce que Durand, notaire, » refusait de lui remettre son testament, sur » les offres de lui en donner décharge ; mais » les testamens ne peuvent être retirés que par » les testateurs eux-mêmes ; il est expressé- » ment défendu aux dépositaires de s'en des- » saisir en d'autres mains ».

La seconde décision est intervenue à l'occasion du différend qui s'était élevé, en 1772, entre les Notaires du bailliage de Laon et les fermiers du droit de controle, sur la question de savoir si les premiers étaient tenus d'inscrire sur leurs répertoires, les testamens qu'ils recevaient et dont les auteurs vivaient encore.

Les Notaires citaient, pour établir la négative, l'édit du mois de mars 1693 et d'autres lois postérieures, « qui défendent (disaient- » ils) de délivrer aucunes expéditions, copies » ou extraits des testamens, ni de les commu- » niquer, si ce n'est après la mort des testa- » teurs, *auxquels il est permis de les reti- » rer, quand bon leur semble, des mains des » Notaires qui en sont dépositaires* ».

Que leur répondait le fermier ? « On sait » (c'étaient ses propres termes) que les ré- » pertoires sont des inventaires sommaires, » sur lesquels les Notaires doivent porter, de » suite et sans laisser aucun blanc, générale- » ment tous les actes qu'ils reçoivent ; les » testamens et codiciles ne sont point exempts » de cette formalité ; tout ce qu'il y a, c'est » que les Notaires ne doivent pas faire men- » tion sur leurs répertoires, des dispositions » des testamens des personnes vivantes ; il » suffit de dire que, tel jour, ils ont reçu ou » qu'il leur a été déposé un testament ouvert » ou clos, en rappelant le nom, la qualité et » la demeure du testateur, *sauf ensuite, si le » testateur retire lui-même son testament*, » à en prendre une décharge à la date cou- » rante du répertoire, et à en faire mention » en marge de l'article où ce testament est » enregistré ».

Et qu'a décidé le conseil d'état ? Il a déclaré les Notaires « tenus de porter sur leurs réper- » toires tous les actes, sans aucune exception, » qui seront passés devant eux, même les tes- » tamens qu'ils ont reçus ou qui leur ont été » déposés jusqu'à présent, ensemble ceux » qu'ils recevront ou qui leur sont déposés à » l'avenir, de la date desquels ils feront men- » tion, ainsi que des noms, qualités et de- » meures des testateurs, *sauf ensuite, si les » particuliers qui les auront faits, les reti- » rent eux-mêmes, à s'en faire fournir des » décharges, ou reconnaissances à la date » courante de leurs répertoires* (1) ».

Il existe encore, sur cette matière, un arrêt non moins remarquable du parlement de Toulouse. Comme cette cour n'avait pas enregistré la déclaration du 7 décembre 1713, elle avait cru pouvoir, par un arrêt de réglement, du 28 février 1730, n'excepter que les *procurations* de la règle générale qui astreint les Notaires à garder minute de leurs actes. Prenant cet arrêt à la lettre, et oubliant que le parlement de Toulouse ne pouvait pas être censé avoir voulu, en le rendant, déroger à l'art. 7 de l'édit de mars 1693, qu'il avait enregistré le 15 mars de la même année (2), les notaires du Languedoc s'en firent un prétexte pour retenir par devers eux, malgré les testateurs, les testamens mystiques auxquels ils apposaient des actes de souscription. Mais le ministère public, informé de cet abus, s'empressa de le dénoncer au parlement ; et de là, un arrêt du 15 novembre 1738, ainsi conçu :

« Sur les réquisitions verbalement faites par le procureur général du roi, qui a dit que la cour ayant fait, par l'arrêt qu'elle a rendu sur son réquisitoire, le 28 du mois de février de l'année 1730, de très-expresses inhibitions et défenses aux Notaires de son ressort de délivrer aux parties aucuns actes en original, autres que les procurations, à peine de mille

(1) *V.* l'article *Répertoire*, §. 1, n°. 1.

(2) *V.* Le Recueil judiciaire de Toulouse, tome 2, page 182, édition de 1783.

livres d'amende, de suspension de leurs charges, et de répondre aux parties de tout principal, dépens, dommages et intérêts, et que des contraventions il en serait enquis; il est venu à sa connaissance que le plus grand nombre des Notaires de son ressort cherchent dans cette loi si sage, un prétexte pour prétendre qu'il ne leur est plus permis de délivrer aux testateurs les testamens clos sur lesquels ils ont mis l'acte de suscription, et même (ce qui n'a jamais été dit) qu'aucun testament clos ne peut-être fait en feuille volante, et que tous les testamens clos doivent être clos et suscrits sur le registre des Notaires. Ces deux nouveautés combattent trop ouvertement la liberté publique introduite par la loi romaine, et observée de tous les temps dans le ressort de la cour. Les testateurs ont une entière liberté d'écrire des testamens clos dans des feuilles volantes, sur lesquels les Notaires sont tenus de mettre la suscription. Telle est la condition de la loi: ils sont, par ce même droit commun, les maîtres absolus de déposer ou de retirer des mains du Notaire les testamens, les codiciles clos, lorsque la suscription y a été apposée. Cet usage est même fondé sur la loi qui a introduit le testament clos, en ordonnant que l'acte de suscription sera apposé sur le papier même qui contient le testament clos; ou sur l'enveloppe de ce papier, sans exiger que l'acte de suscription soit couché sur aucun registre. La loi *hâc consultissimâ*, 21 C. *de testamentis*, qui a fixé la formalité des testamens clos, parait même donner au testateur la liberté de garder lui-même son testament clos, en disant qu'après l'avoir fait, il n'aura qu'à l'offrir ou le presenter clos au notaire et aux témoins, pour y mettre la suscription: *ligatam vel tantùm clausam involutamque proferre scripturam eamque rogatis testibus offerre signandam at suscribendam.* Le public est intéressé au maintien de cette liberté, parceque la sagesse et l'intérêt secret de chaque père de famille, des parens et des testateurs en réglent l'usage; et la connaissance des dispositions que de tels testamens, ces lois domestiques, renferment, et que les testateurs estiment bien souvent qu'il convient de laisser secrètes dans un certain temps, comme elles leur paraissent dans un autre devoir être rendues publiques, leur est justement réservée. Suivant le droit écrit, par lequel les sujets du roi et du ressort de la cour sont régis, et par l'ordonnance de l'année 1735, la forme et la valeur de tels testamens n'ont reçu aucun changement ni affaiblissement, puisqu'il est seulement porté que les testateurs présenteront leurs testamens aux Notaires, pour l'acte de suscription être mis sur le papier même du testament, ou sur la feuille qui lui sert d'enveloppe, sans qu'il soit porté qu'on le déposera entre les mains du Notaire; que, si quelqu'un de ces abus était toléré, il tendrait à abolir l'usage des dispositions closes, si essentielles dans plusieurs conjonctures à certaines familles de toute condition, et par là, à la destruction de plusieurs d'entr'elles, et exposerait les testateurs en des frais considérables, par des actes publics superflus, qui deviendraient nécessaires; à ces causes, requiert, etc.

» La cour, faisant droit sur les réquisitions verbalement faites par le procureur général du roi, en interprétant, en tant que de besoin, l'arrêt du 28 du mois de fevrier 1730, a déclare qu'elle n'a pas entendu comprendre dans la disposition dudit arrêt les testamens, codiciles, clos ou mystiques, ni les testamens olographes; et a ordonné qu'il en sera usé de même à l'avenir, comme par le passé, à l'égard de toutes les dispositions de dernière volonté; et que les Notaires souscriront les testamens, codiciles et autres dispositions closes, et les délivreront aux parties, si elles le demandent, comme il a été fait jusqu'à ce jour, sous les mêmes peines portées par le susdit arrêt du 28 fevrier 1730;

» Ordonne que le présent arrêt sera exécuté nonobstant oppositions, et que copies du présent arrêt seront envoyées aux bailliages et senéchaussées du ressort de la cour, pour y être procédé à la publication et registres d'icelui, à la diligence des substituts dudit procureur général, qui en certifieront la cour dans le mois (1) ».

Tel était l'etat de la législation et de la jurisprudence, lorsque le notariat fut réorganisé par la loi du 6 octobre 1791; et bien loin d'y rien changer, cette loi le maintint formellement, tit. 1er., sect. 2, art. 6, par cette disposition générale: « en ce qui concerne *la* » *conservation des minutes et généralement* » *l'exercice de leurs fonctions*, ils (les Notaires) se conformeront aux anciennes ordonnances et réglemens concernant les notaires » royaux, jusqu'à ce qu'il eût été autrement » statué par le pouvoir législatif ».

Il est vrai que cette loi *et toutes autres sont abrogées* par l'art. 69 de celle du 25 ventôse an 11; mais elles ne le sont qu'en *ce qu'elles ont de contraire à la présente*.

Toute notre question se réduit donc à savoir s'il y a, dans la loi du 25 ventôse an 11, quelque chose de contraire, soit à l'art. 17 de l'é-

(1) *Ibid.* tome 5, page 414.

dit du mois de mars 1693, soit à l'art. 4 de la déclaration du 7 decembre 1723, soit à la disposition de la loi du 6 octobre 1791, qui, en obligeant les Notaires *de se conformer aux anciennes ordonnances pour la conservation des minutes* et *généralement l'exercice de leurs fonctions*, les obligeait bien clairement de se conformer à ces articles, en ce qui concernait les testamens.

Or, le moyen d'imaginer que ces articles soient contraries par l'art. 20 de la loi du 25 ventose an 11? Celui ci se refère évidemment à ceux-là; et par conséquent bien loin de les contrarier, il les confirme. Apres avoir etabli en regle generale que « les Notaires seront tenus de garder minute de tous les actes qu'ils » recevront », il déclare ne pas comprendre *dans la présente disposition*, non seulement « les certificats de vie, procurations, quittances de fermages, de loyers, de salaires, arrerages de pensions et rentes », mais encore les *autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être delivrés en brevet.*

Il est vrai que, dans l'exposé des motifs de la loi du 25 ventose an 11, l'orateur du gouvernement a dit que, par *actes simples*, cet article entendait *ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou intérêt simple en lui-même et passager.*

Mais en s'esprimant ainsi, l'orateur du gouvernement n'était pas l'organe du conseil d'état; il n'énonçait que son opinion personnelle (1), et il est aisé de sentir que son opinion personnelle etait manifestement en opposition avec le texte de la loi qu'il proposait au corps législatif.

En effet, l'art. 20 dispense expressément les notaires de garder minute de tous les *actes simples qui*, *suivant les lois*, *peuvent être délivrés en brevet*. Or, ces actes quels sont ils? Ceux qui ne présentent qu'*un objet ou un intérêt simple en lui-même et passager?* Non certes; car s'il en etait ainsi, les Notaires pourraient delivrer en brevet les baux à ferme et à loyer qu'ils reçoivent; et il est certain qu'ils ne le peuvent pas. Ce sont donc necessairement, comme le définit l'art. 4 de la déclaration du 7 décembre 1723, ceux qui n'étant faits ni pour reconnaître, ni pour confirmer, ni pour modifier des titres antérieurs, ne contiennent *aucune obligation respective* et appartiennent à la classe des actes unilatéraux.

Il est bien clair, d'après cela, que l'orateur du gouvernement ne s'est expliqué, comme il l'a fait sur l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an 11, que parcequ'il n'avait pas pris lecture des lois auxquelles cet article se réfère; et sans doute les auteurs de l'avis du 7 avril 1821 ne les avaient pas lues davantage, quand ils ont dit que la déclaration de 1723 entendait les mots *actes simples* dans l'acception restrictive qu'ils leur ont attribuée.

Mais comment n'ont-ils pas senti qu'interpréter ainsi l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an 11, c'était lui prêter un sens absurde? Si, pour qu'un acte soit réputé *simple*, il faut que, par son *contenu, sa nature et ses effets, il ne présente qu'un objet ou un intérêt simple en lui-même*, quel sera l'acte que l'on pourra réputer *simple*, et que, par suite, le Notaire qui l'aura reçu, pourra délivrer en brevet? Sera-ce l'acte qui ne contiendra qu'un seul article? Mais quel prétexte y aurait-il pour en refuser le caractère à l'acte qui, au lieu d'un seul article, en contiendrait deux? Sera-ce l'acte dans lequel il ne s'agira que d'une somme ou valeur modique? Mais quel sera le taux auquel il faudra s'arrêter? Réputera-t-on *modique* une valeur de dix mille francs? Elle le sera sans doute, relativement à telle partie; mais relativement à telle autre, elle formera une somme immense. Est-il donc permis de supposer au législateur assez peu de prévoyance pour avoir abandonné à l'arbitraire le mode d'exécution d'une régle aussi importante, et pour avoir, par une conséquence nécessaire, semé, entre le Notaire et les parties, des germes d'altercation perpétuelle sur le point de savoir si tel acte peut ou non être délivré en brevet, s'il doit ou non en rester minute?

Il n'est pas étonnant qu'en partant de bases aussi fausses, les auteurs de l'avis du 7 avril 1821 aient dit que, « si l'édit de 1693 permet» tait aux Notaires de remettre sans aucune » formalité à un testateur, la minute même de » son testament, cette disposition étant in» conciliable avec l'art. 22 de la loi de ventôse, » est par cela même formellement abrogée, et » que l'on ne peut en exciper ».

Mais ce qui doit singulièrement étonner, c'est qu'ils aient poussé aussi loin les conséquences de cette assertion, et qu'après avoir décidé que *les Notaires ne peuvent remettre au testateur l'original du testament qu'ils ont reçu*, ils aient ajouté que cet acte ne peut être revoqué en tout ou en partie, que suivant les formes prescrites par l'art. 1035 du Code civil. Je prouverai à l'article *Révocation de testament*, §. 4, que, quand même la première de ces décisions serait exacte, la seconde n'en serait pas moins une erreur grave.

Et vainement cherche-t-on à les justifier en disant que le mode de révocation indiqué par l'art. 1035 du Code civil, est *plus propre que*

(1) *V.* l'article *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 5.

tout autre à garantir les testateurs de toutes suggestions et surprises.

Cet avantage de la révocation par acte, est bien balancé par les deux inconvéniens qui y sont attachés.

1°. Exiger que les testateurs qui veulent révoquer leurs testamens, le fassent par des actes exprès, c'est, comme le disait le procureur général du parlement de Toulouse, dans le réquisitoire sur lequel a été rendu l'arrêt du 15 novembre 1738, *les exposer à des frais superflus, qui deviendroient nécessaires.*

2°. C'est faire pis encore : c'est les priver de la consolation de cacher aux héritiers qu'ils affectionnent, les accès passagers d'humeur qu'ils ont eus contr'eux, et qui les avaient d'abord portés à disposer à leur préjudice.]]\

VII. Les Notaires doivent faire enregistrer leurs actes dans le dix jours de la passation, s'ils résident dans la commune où le bureau d'enregistrement est établi; et dans la quinzaine, s'ils ne résident pas dans cette commune. (*Art.* 20 *de la loi du* 22 *frimaire an* 7).

S'ils négligent de remplir cette formalité, ils doivent être condamnés à une amende de 50 francs, lorsqu'il s'agit d'un acte sujet au droit fixe; et à une somme égale au montant du droit, s'il s'agit d'un acte sujet au droit proportionnel, sans que, dans ce dernier cas, la peine puisse être au-dessous de 50 francs.

Les Notaires sont, en outre, tenus du paiement des droits, sauf leur recours contre les parties pour ces droits seulement. (*Art.* 33, *ibid*).

Les testamens déposés chez les Notaires, ne doivent être enregistrés que dans les trois mois du décès des testateurs. (*Art.* 21, *ibid*).

Par deux délibérations de la régie de l'enregistrement et des domaines, des 21 ventôse an 13 et 3 nivôse an 14, il avait été décidé que des Notaires qui n'ont ni signé ni fait enregistrer des actes revêtus de la signature des parties, attendu que le montant des droits ne leur a pas été consigné, avaient encouru les amendes prononcées par les art. 33 et 49 de la loi de frimaire an 7.

Mais ces décisions ont été jugées contraires à la loi, par arrêt de la cour de cassation, du 2 novembre 1807, rendu dans l'espèce suivante :

Le sieur Passemard, notaire, avait rédigé un acte de partage entre divers membres de la famille Perot; et sur cet acte, les parties avaient apposé leurs signatures le 26 brumaire an 13.

Mais avant d'y apposer la sienne, le Notaire demanda qui paierait les droits d'enregistrement? Les parties ne s'étant pas accordées sur le paiement de ces droits, se retirèrent; et le Notaire n'eut garde d'apposer sa signature à l'acte.

Quelque temps après, le vérificateur eut connaissance de cet acte, resté sans signature du Notaire; il en dressa procès-verbal, et une contrainte fut décernée contre le sieur Passemard aux fins de paiement 1°. du droit d'enregistrement, 2°. d'une amende.

Le motif de cette contrainte fut que cet acte, tel quel, était un acte public susceptible d'enregistrement.

Sur l'opposition à la contrainte, le tribunal civil de Sarlat débouta la régie, par jugement du 25 avril 1806, motivé *sur ce que, sans signature du fonctionnaire, il n'y a pas d'acte public.*

La régie s'étant pourvue en cassation, soutenait que, dans l'espèce, il y avait *acte public*, quoiqu'il n'y eût pas *signature de Notaire*; et cette opinion était appuyée sur les articles 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, relative au notariat.

Le sieur Passemard répondait que l'idée d'acte public emporte nécessairement la participation, et, par conséquent, la signature d'un fonctionnaire public; que telle est l'idée consacrée par l'art. 1317 du Code civil, touchant les actes authentiques; que les art. 14 et 68 de la loi de ventose an 11 ne disent rien de contraire.

Par arrêt du 2 novembre 1807, au rapport de M. Boyer,

« Attendu qu'en décidant que l'acte du.... brumaire an 13, ne devait pas être considéré comme un acte public, dès-lors qu'il était dénué de la signature de l'officier public chargé de le recevoir, signature qui seule pouvait constater légalement l'intervention de cet officier, le tribunal civil de Sarlat n'a contrevenu à aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi... ».

Au surplus, *V.* l'article ***Enregistrement (droit d')***, et ci-après, n°. 13.

VIII. Les Notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune minute, si ce n'est dans les cas prevus par la loi, et en vertu de jugement.

Avant de s'en dessaisir, ils doivent en dresser et signer une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par le président et commissaire du gouvernement du tribunal civil de leur résidence, sera substituée à la minute, dont elle tiendra lieu jusqu'à sa reintégration. (*Art.* 12 de la loi du 25 ventose an 11).

Le jugement qui ordonne l'apport au greffe

d'une minute, doit être exécuté par le Notaire, à peine d'y être contraint par corps: il peut ensuite délivrer des grosses ou expéditions de la copie figurée qui aura été substituée à la minute, mais en faisant mention, sur ces grosses ou expéditions, du procès-verbal qui aura été dressé de cette confection de copie. *Art.* 201, 202 et 203 du Code de procédure).

Quant aux minutes d'un Notaire remplacé, ou dont la place a été supprimée, la loi fixe la marche que l'on doit suivre pour la transmission de ces minutes. (*Art.* 54 jusques et compris l'art. 67).

IX. Le droit de délivrer des *grosses* ou des *expéditions* n'appartient qu'au Notaire possesseur de la minute; et néanmoins tout Notaire peut délivrer copie d'un acte qui lui a été déposé pour minute. (*Art.* 21 de la loi du 25 ventôse an 11).

Les grosses seules sont délivrées en forme exécutoire; elles sont intitulées et terminées comme les jugemens des tribunaux. (*V.* l'article *Exécution parée*).

Il doit être fait mention sur la minute, de la délivrance d'une première grosse à chacune des parties intéressées; il ne peut lui en être délivré d'autre, à peine de destitution du Notaire, sans une ordonnance du président du tribunal de première instance, laquelle demeure jointe à la minute. (Loi du 25 ventôse an 11, *art.* 26).

Quant aux expéditions dont parle l'art. 21 de la loi, elles diffèrent des grosses, en ce que ces dernières seules sont exécutoires, et que les expéditions ne le sont pas.

Elles diffèrent aussi de la copie collationnée, en ce que l'expédition est faite sur la minute, et la copie collationnée n'est faite que sur une pièce représentée et rendue.

Les Notaires ne peuvent, sans l'ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition d'un acte à d'autres qu'aux parties intéressées en nom direct, héritiers ou ayant droit, à peine des dommages-intérêts, d'une amende de 100 francs, et d'être, en cas de récidive, suspendus de leurs fonctions pendant trois mois, sauf néanmoins l'exécution des lois et règlemens sur le droit d'enregistrement, et de celles relatives aux actes qui doivent être publiés dans les tribunaux. (Loi du 25 ventôse an 11, *art.* 23).

Le Notaire qui refusera de délivrer expédition ou copie d'un acte aux parties intéressées en nom direct, héritiers ou ayant droit, y sera condamné, et par corps, sur l'assignation à bref délai, en vertu de permission du tribunal de première instance, sans préliminaire de conciliation. (Code de procédure, *art.* 839).

Les grosses et expéditions doivent porter l'empreinte d'un cachet ou sceau particulier que chaque Notaire est obligé d'avoir, pour ses noms, qualité et résidence, et, d'après un modèle uniforme, le type de l'État. (Loi du 25 ventôse an 11, *art.* 27).

X. Les Notaires doivent tenir répertoire de tous les actes qu'ils reçoivent, soit en minute, soit en brevet. (Loi du 22 frimaire an 7, art. 49; et loi du 25 ventose, art. 39. (*V.* l'article *Répertoire*).

XI. Le Notaire doit tenir exposé dans son étude un tableau sur lequel il doit inscrire les noms, prénoms, qualités et demeures des personnes qui, dans l'étendue du ressort où il peut exercer, sont interdites ou assistées d'un conseil judiciaire, ainsi que la mention des jugemens qui y sont relatifs; le tout immédiatement après la notification qui en aura été faite, et à peine de dommages intérêts des parties. (*Art.* 18 de la loi du 25 ventôse an 11). *V.* l'article *Interdiction*, §. 6, nº. 8; et ci-après, §. 6, nº. 2.

Le Code civil veut aussi (art. 501) que tout jugement portant interdiction ou nomination d'un conseil, soit, à la diligence des demandeurs, levé, signifié à partie, et inscrit, dans les dix jours, sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire, *et dans les études des Notaires de l'arrondissement.*

Le Code de procédure prescrit la même formalité 1º pour les demandes en séparation de biens entre mari et femme (*art.* 867); 2º pour les jugemens qui portent cette séparation (*art.* 872); 3º pour les jugemens qui prononcent la séparation de corps (*art.* 880).

Enfin, le Code de commerce ordonne même le dépôt de tout contrat de mariage 1º. des époux dont l'un est commerçant (*art.* 67); 2º. de l'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant postérieurement à son mariage; 3º. de l'époux séparé de biens, ou marié sous le régime dotal, qui, au moment de la publication du Code de commerce, exerçait la profession de commerçant (*art.* 70).

Le Notaire qui aura reçu le contrat de mariage, sera tenu de faire la remise ordonnée, sous peine de 100 francs d'amende, et même de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion (*art.* 68).

XII. Le Code civil (*art.* 1597) défend aux Notaires de devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la com-

pétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts.

Le même Code (*art.* 2060) prononce la contrainte par corps contre les Notaires pour la restitution des titres à eux confiés et des deniers par eux reçus pour leurs cliens par suite de leurs fonctions.

Ils sont également contraignables par corps, pour la représentation de leurs minutes, quand elle est ordonnée.

[[XIII. Les Notaires sont-ils encore soumis à la défense que leur faisaient les anciennes lois d'écrire ou de signer, comme témoins, les actes sous seing-privé? J'ai établi la négative aux mots *Actes sous seing-privé*, §. 1; et la cour de cassation l'a ainsi jugé depuis dans l'espèce suivante.

Au bas d'une obligation du 11 thermidor an 12, le sieur Top, notaire à Aire, département du Pas-de-Calais, avait écrit une quittance privée, à laquelle la partie avait opposé sa signature. Assigné par la régie de l'enregistrement, devant le tribunal civil de l'arrondissement de Saint Omer, pour se voir condamner à un amende de 200 francs, conformément aux déclarations des 19 mars 1696 et 14 juillet 1699, il a soutenu que ces lois étaient abrogées; qu'uniquement relatives aux droits de contrôle, et faites dans la seule vue d'empêcher toute fraude à ce droit, elles avaient perdu toute espèce d'autorité et étaient devenues absolument sans objet, du moment que ce droit avait été aboli par la loi du 5-19 décembre 1790; qu'à la vérité, cette loi et celle du 22 frimaire an 7 avaient remplacé le droit de controle par celui d'enregistrement; mais qu'elles n'avaient pas entouré le droit d'enregistrement des mêmes précautions qui avaient été prises par les anciennes lois, pour assurer la perception du droit de controle; et qu'on ne pouvait pas, à cet égard, suppléer à leur silence, ni, par consequent, sous entendre dans leur texte des dispositions pénales qui n'y étaient pas écrites.

Sur ces raisons, jugement qui déclare la régie de l'enregistrement non-recevable dans sa demande.

La régie s'est pourvue en cassation, mais inutilement. Par arrêt contradictoire du 30 novembre 1807, au rapport de M. Liborel,

« Attendu qu'en considérant les déclarations des 19 mars 1696 et 14 juillet 1699 comme abrogées par les lois des 22 frimaire an 7 et 25 ventose an 11, et en déclarant, par suite, la régie de l'enregistrement et des domaines non-recevable dans sa demande fondée sur ces déclarations, le jugement dénoncé n'a violé aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

* §. VI. *Des honoraires et vacations dus aux Notaires.*

I. La loi du 25 ventose an 11 (*art.* 51) porte que les honoraires et vacations seront réglés à l'amiable entre les Notaires et les parties, sinon par le tribunal civil de la résidence du Notaire, sur l'avis de la chambre de discipline, et sur simple mémoire, sans frais.

Cette attribution accordée aux chambres de discipline, est confirmée par l'art. 4 de l'arrêté de leur création du 20 nivose an 12.

II. Il n'y a pas de tarif pour les actes que la loi du 25 ventose an 11 attribue aux Notaires; mais les honoraires qui leur sont dus pour les actes dont le Code civil et le Code de procédure les ont chargés, sont réglés par le decret du 16 février 1807, contenant le tarif des frais et dépens pour la cour d'appel de Paris. Voici les dispositions de ce décret, qui intéressent particulièrement les Notaires:

« Art. 168. Il sera taxé aux Notaires, pour tous les actes indiqués par le Code civil et par le Code judiciaire,

» Pour chaque vacation de trois heures,

» 1°. Aux compulsoires faits en leur étude (Code de procedure civile, *art.* 849);

» 2°. Devant le juge, en cas que leur transport devant lui ait été requis (*art.* 852);

» 3°. A tout acte respectueux et formel, pour demander le conseil du père et de la mère, ou celui des aïeuls ou aïeules, à l'effet de contracter mariage (Code civil, *art.* 151, 152, 53 et 154);

» 4°. Aux inventaires contenant estimation des biens meubles et immeubles des époux qui veulent demander le divorce par consentement mutuel (*art.* 279);

» 5°. Aux procès-verbaux qu'ils doivent dresser de tout ce qui aura été dit et fait devant le juge, en cas de demande en divorce par consentement mutuel (Code civil, *art.* 281, 284 et 285);

» 6°. Aux inventaires après décès (Code de procédure civile, *art.* 941 et suiv.);

» 7°. En référé devant le président du tribunal, s'il s'élève des difficultés, ou s'il est formé des réquisitions pour l'administration de la communauté ou de la succession, ou pour tous autres objets (*art.* 944);

» 8°. A tous les procès verbaux qu'ils dresseront en tous autres cas, et dans lesquels ils

seront tenus de constater le temps qu'ils y auront employé (*art.* 977, 973, etc.);

» 9°. Au greffe, pour y déposer la minute du proces verbal des difficultes elevees dans les partages contenant les dires des parties (Code de procédure civile, *art.* 977);

» Et à Paris 9 francs; dans les villes où il y a un tribunal de première instance, 6 francs; partout ailleurs, 4 francs.

» 169. Dans tous les cas où il est alloué des vacations aux Notaires, il ne leur sera rien passé pour les minutes de leurs procès-verbaux.

» 170. Quand les Notaires seront obligés de se transporter à plus d'un myriamètre de leur résidence, independamment de leur journée, il leur sera alloue, pour tous frais de voyage et nourriture, par chaque myriamètre, un cinquième de leurs vacations, et autant pour le retour;

» Et par journée, qui sera comptée à raison de cinq myriametres, aussi pour l'aller et le retour, quatre vacations.

» 171. Il sera passé aux Notaires, pour la formation des comptes que les co-partageans peuvent se devoir de la masse générale de la succession, des lots et des fournissemens à faire à chacun des co-partageans, une somme correspondante au nombre des vacations que le juge arbitrera avoir ete employees à la confection de l'opération.

» 172. Les remises accordées aux avoués sur les prix des ventes d'immeubles, seront allouées aux Notaires, dans les cas où les tribunaux renverront des ventes d'immeubles pardevant eux, mais sans distinction de celles dont le prix n'excédera pas 2,000 francs; et, au moyen de cette remise, ils ne pourront rien exiger pour les minutes de leurs procès-verbaux de publication et d'adjudication.

» 173. Tous les autres actes du ministère des Notaires, notamment les partages et ventes volontaires qui auront lieu pardevant eux, seront taxes par le président du tribunal de première instance de leur arrondissement, suivant la nature et les difficultés que leur redaction aura présentees, et sur les renseignemens qui leur seront fournis par les Notaires et les parties.

» 174. Les expéditions de tous les actes reçus par les Notaires, y compris celles des inventaires et de tous procès-verbaux, contiendront vingt-cinq lignes à la page et quinze syllabes à la ligne; et leur seront payees, par chaque rôle, à Paris, 3 francs; dans les villes où il y a un tribunal de première instance, 2 francs; partout ailleurs, 1 franc 50 centimes.

» 175. Les Notaires seront tenus de prendre à leur chambre de discipline, et de faire afficher dans leurs etudes, l'extrait des jugemens qui auront prononcé des interdictions contre des particuliers, ou qui leur auront nommé des conseils, sans qu'il soit besoin de leur signifier les jugemens ».

Il est nécessaire d'ajouter ici l'art. 166 du même decret, parcequ'il est commun aux Notaires:

« Il sera (Code de procédure civile, art. 201, 204, 205, 221, 223) taxé aux dépositaires qui devront représenter les pieces de comparaison en verification d'écritures déniées ou arguées de faux, en inscription de faux incident, indépendamment de leurs frais de voyage, par chaque vacation de trois heures, devant le juge commissaire ou le greffier, savoir......: 1° aux Notaires de Paris, 9 francs; 2° des départemens, 6 francs 75 centimes ».

Un second décret, du même jour, porte,

1°. Que le tarif pour Paris est rendu commun aux villes de Lyon, Bordeaux, Rouen et Bruxelles;

2°. Que ce même tarif est réduit d'un dixième pour les autres villes où siege une des autres cours d'appel, ou dont la population excède trente mille ames;

3°. Enfin, que le tarif pour les tribunaux du ressort de la cour d'appel de Paris, autres que ceux établis dans cette capitale, est commun à tous les autres tribunaux de premiere instance et justices de paix du royaume.

Ainsi, il ne faut pas oublier que la partie du tarif qui concerne les Notaires est également soumise aux dispositions de ce décret; et que, dès-lors, leurs honoraires varient suivant leur résidence.

III. Le Code de procédure contient une disposition favorable aux Notaires. L'art. 851 leur donne le droit, en cas de compulsoire, de refuser l'expédition demandée, « si les » frais et débourses de la minute de l'acte sont » dus, à moins qu'on ne paie lesdits frais, outre ceux de l'expédition ».

[[IV. Un Notaire a-t-il une action solidaire contre les parties auxquelles il a prêté son ministere pour un travail qui leur etait commun?

Le sieur Teissier de Marguerite meurt en 1794, laissant huit enfans.

Sa veuve, sans faire liquider ses reprises, administre les biens de la succession, tant comme tutrice de ceux de ses enfans qui sont encore en minorité, que comme fondée de pouvoir des majeurs.

L'un de ceux-ci perit à l'armée, et elle meurt elle-même à Paris en 1805.

A l'inventaire de ses meubles, effets et papiers, sont appelés trois Notaires; savoir: le sieur Morin, par une partie des héritiers; le sieur Leger, par une autre partie; et le sieur Anjubault, par la dame Quinette.

Ces trois Notaires ne pouvant pas faire ensemble le travail qu'exige la liquidation de la succession, le sieur Anjubault en est seul chargé.

Ce travail achevé, les héritiers refusent d'en signer le résultat et d'en payer les honoraires.

Le 22 septembre 1808, le sieur Anjubault fait une saisie-arrêt entre les mains d'un débiteur de la succession, et assigne les héritiers au tribunal de première instance du département de la Seine.

Le 12 janvier 1809, jugement contradictoire qui condamne les héritiers *solidairement* à payer au sieur Anjubault la somme de 1.200 francs à laquelle les honoraires de cet officier sont fixés d'office. Appel de la part des héritiers.

Par arrêt du 18 juillet suivant,

« Attendu que, si, Anjubault a été chargé par la femme Quinette seule, il justifie que son travail a été fait du consentement de tous les autres héritiers, qui ne sont tenus cependant du salaire que pour leur part et portion;

» La cour (de Paris) met l'appellation et ce dont est appel, au néant, en ce que Tessier et consorts ont été condamnés solidairement; émendant quant à ce, les décharge de la condamnation solidaire; ordonne au surplus que le jugement sortira effet contre chaque héritier, pour la part et portion qu'il amende dans la succession..... ».

Le sieur Anjubault se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Deux moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 27 janvier 1812) vous sont proposés dans cette affaire: violation des art. 1217, 1218 et 1222 du Code civil, concernant les obligations indivisibles; violation de l'art. 2002 du même Code, concernant les droits du mandataire constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune.

» Le premier de ces moyens vous paraîtra sans doute peu digne de votre attention.

» *Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement.* Voilà ce que porte l'art. 1222 du Code civil; et il est clair, d'après sa disposition, que, si l'obligation contractée par les héritiers Marguerite envers le sieur Anjubault, formait une *dette indivisible*, chacun des co-héritiers en serait *tenu pour le total*; et que, par suite, l'arrêt de la cour de Paris, du 18 juillet 1809, devrait être cassé.

» Mais qu'y a-t-il d'indivisible dans l'obligation contractée par les héritiers Marguerite envers le sieur Anjubault?

» Une obligation ne peut être indivisible que de deux manières: ou, comme le dit l'art. 1217 du Code, parcequ'elle a pour objet, soit une chose qui, dans sa livraison, soit un fait qui, dans l'exécution, n'est pas susceptible de division matérielle ou intellectuelle: ou, comme le dit encore l'art. 1218, parceque le rapport sous lequel les contractans l'ont considérée, ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

» Or, 1°. quel est l'objet de l'obligation contractée par les héritiers Marguerite envers le sieur Anjubault? C'est le paiement d'une somme d'argent; et assurement rien au monde n'est plus divisible dans l'exécution.

» 2°. Le rapport sous lequel les héritiers Marguerite et le sieur Anjubault ont considéré cette obligation au moment où ils l'ont contractée ensemble, ne s'oppose nullement à ce que cette obligation soit exécutée partiellement.

» Que l'obligation de construire un édifice soit réputée indivisible, d'après le rapport sous lequel les contractans l'ont considérée, cela se conçoit. *Il est vrai*, dit Pothier (1), *que cette construction ne peut se faire que par partie et successivement. Mais ce n'est pas ce fait passager de la construction qui fait l'objet de l'obligation; c'est l'ouvrage même consommé, c'est* domus constructa; *ne pouvant donc y avoir de maison qu'elle n'ait été entièrement construite, la forme et qualité de maison ne pouvant résulter que de la consommation de l'ouvrage, et ne pouvant pas y avoir de partie de ce qui n'existe pas encore, il s'ensuit que l'obligation de construire une maison, ne peut s'accomplir que par la construction entière de la maison, et conséquemment que cette obligation n'est pas susceptible de parties, et ne peut s'accomplir par partie. C'est ce que veut dire le jurisconsulte en la loi* 80, §. 1, *D.* ad legem falcidiam, *en laquelle, pour prouver que l'obligation de construire un ouvrage, comme un théâtre, des bains, est indivisible, il rapporte cette raison:* Neque enim nullum

(1) *Traité des obligations*, n°. 292.

BALNEUM, AUT THEATRUM, AUT STADIUM FECISSE INTELLIGITUR QUI EI PROPRIAM FORMAM QUÆ EX CONSOMMATIONE CONTINGIT, NON DEDERIT.

» On conçoit encore très-bien que l'obligation de fournir à quelqu'un une piece de terre, pour y construire un pressoir qu'il entend y placer, doit également être réputée indivisible d'après le rapport sous lequel les contractans l'ont considérée : *car*, dit encore Pothier, *quoique la pièce de terre que j'ai promise, ait quelque chose en soi de divisible, néanmoins, étant due, non comme une pièce de terre* simpliciter, *mais comme une pièce de terre destinée à placer un pressoir, elle devient, sous cette vue, quelque chose d'indivisible, parceq'on n'en peut rien retrancher sans qu'elle cesse d'être une place propre à placer un pressoir, et sans qu'elle cesse par conséquent d'être la chose qui fait l'objet de l'obligation.*

» Mais il en est tout autrement de l'obligation de payer une somme d'argent à un officier public, pour les honoraires d'un travail dont il se charge. Elle peut être exécutée par parties, sans que sa substance en soit altérée; et elle n'offre, dans sa substance, aucune particularité dont l'effet soit d'en rendre l'exécution partielle inutile au créancier.

» Qu'importe que cette obligation soit le pris d'un travail indivisible ? Qu'importe que le sieur Anjubault n'eût pas pu remplir partiellement l'obligation qu'il avait contractée envers les héritiers Marguerite, de liquider la succession qui leur était échue ? Qu'importe que l'obligation de liquider une succession ne soit susceptible, ni d'une division physique, ni d'une division intellectuelle ?

» Il n'est écrit nulle part que l'obligation de payer le prix d'une chose indivisible, participe à l'indivisibilité de cette chose. Qu'y a-t-il de plus indivisible qu'une servitude ? Cependant, si deux co-possesseurs d'un fonds acquierent une servitude sur le fonds voisin, il est très-constant qu'ils n'en devront pas le prix solidairement. Si l'acquéreur d'une servitude laisse plusieurs héritiers, il est très-constant que chacun d'eux ne devra que sa quote part du prix. Qu'y a-t-il de plus indivisible que la défense judiciaire d'une partie attaquée en matière civile par plusieurs adversaires réunis ? Cependant, si cette partie obtient contre eux une condamnation de dépens, il est très-constant qu'elle ne pourra pas la faire exécuter contre chacun d'eux solidairement; et les parlemens de Toulouse et de Paris l'ont ainsi jugé : le premier, par un arrêt du 12 avril 1677, rapporté par Graverol sur la Rocheflavin, liv. 6, au mot *Solidarité*; le second, par un arrêt du 19 juin 1730, rapporté dans une nouvelle édition du Recueil de Denisart, au mot *Dépens*, §. 3, n°. 1.

» Mais si de ces détails il résulte que la cour de Paris n'a pas violé les art. 1217, 1218 et 1222 du Code civil, n'en a-t-elle pas du moins violé l'article 2002 ?

» C'est la question que nous présente le deuxième moyen de cassation du demandeur, et nous nous hâtons de dire que l'affirmative nous paraît indubitable.

» Parmi les obligations divisibles, il en est plusieurs que la loi, par des considérations particulières à leur objet ou à leur cause, déclare solidaires entre tous ceux qui en sont tenus.

» Et telle est notamment l'obligation que contractent, envers leur mandataire commun, ceux qui le chargent d'une affaire qui leur est commune.

» Le droit romain l'avait ainsi réglé : *Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato*, disait la loi 59, §. 3, D. *mandati*.

» Et l'art. 2002 du Code civil a expressément renouvelé sa disposition : *Lorsque le mandataire* (ce sont les termes de cet article) *a été constitué par plusieurs personnes, pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.*

» Assurément c'est *pour une affaire commune* que le sieur Anjubault a été *constitué mandataire* par les héritiers Marguerite; les héritiers Marguerite sont donc *tenus solidairement envers lui de tous les effets du mandat* qu'ils lui ont confié.

» Nous disons que le sieur Anjubault a été *constitué mandataire* par les héritiers Marguerite; et il est étonnant que les héritiers Marguerite contestent devant vous une vérité aussi nettement établie par l'arrêt qu'ils cherchent à défendre : *Si Anjubault*, est-il dit dans les motifs de cet arrêt, *n'été chargé par la femme Quinette seule, il justifie que son travail a été fait du consentement de tous les autres héritiers*; ce qui signifie bien clairement que les co-héritiers de la dame Quinette ont ratifié le choix que celle-ci avait fait du sieur Anjubault; ce qui, par conséquent, nécessite à notre espèce l'application de la loi 60, D. *de regulis juris*, qui dit : *Si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.*

» Et vainement les héritiers Marguerite viennent-ils alléguer que ce n'est pas *en leur nom* que le sieur Anjubault a fait le travail

dont il leur demande les honoraires ; et que nul ne peut, aux termes de l'art. 1984 du Code civil, être censé agir comme mandataire, s'il n'agit au nom d'un commettant.

» Point de milieu : ou c'est en leur nom que le sieur Anjubault a fait le travail qu'ils refusent de lui payer, ou il l'a fait en son nom privé.

» Or, le moyen de concevoir que ce soit en son nom privé, c'est-à-dire, pour son propre compte, que le sieur Anjubault a fait ce travail? Qu'en avait-il besoin personnellement, et quel avantage pouvait-il en tirer? Ce travail ne pouvait être utile qu'aux héritiers Marguerite; et ne pouvant ou ne voulant pas le faire eux-mêmes, ils l'ont fait faire par le sieur Anjubault. C'est donc pour eux que le sieur Anjubault l'a fait; il l'a donc fait en leur nom, il l'a donc fait comme mandataire.

» Mais, disent les héritiers Marguerite, ce n'est point un contrat de mandat, c'est un contrat de louage, qui a eu lieu entre le sieur Anjubault et nous. Car *le mandat est gratuit* aux termes de l'art. 1986 du Code civil; et ce n'est pas d'un travail gratuit, c'est d'un travail salarié, que nous avons chargé le sieur Anjubault.

» Le mandat est gratuit! Oui, mais il ne l'est pas essentiellement; il est gratuit, dit l'article cité du Code civil, *s'il n'y a convention contraire*; et s'il peut n'être pas gratuit par l'effet d'une convention contraire, il peut certainement aussi ne l'être pas par l'effet d'une loi qui donne au mandataire une action pour se faire payer son travail. On sent même que, dans ce cas, le prix du travail du mandataire lui est dû par l'effet d'une convention tacite; car employer le travail d'un homme à qui la loi donne une action pour s'en faire payer le prix, c'est bien s'obliger à le lui payer.

» Sans doute, il est des espèces de travaux qui, par cela seul qu'ils sont ou doivent être payés, soit d'après une convention expresse, soit d'après une convention tacite, font dégénérer le mandat en vertu duquel ils sont faits, en contrat de louage.

» Ainsi, ce n'est point comme mandataire, c'est comme *locator operorum*, qu'un maçon construit ou répare la maison que je l'ai chargé de construire ou de réparer; ce n'est pas comme mandataire, c'est comme *locator operarum*, qu'un voiturier transporte les marchandises ou les effets que je lui ai confiés; et il n'importe que j'aie ou que je n'aie pas, par une convention préalable, réglé avec l'un le prix de son travail, avec l'autre le prix de sa voiture; car, à défaut de convention, l'usage est là pour déterminer ce que je dois à l'un et à l'autre.

» Mais il est aussi des travaux qui, bien que salariés, ne font pas perdre à celui qui les fait pour autrui, la qualité de mandataire.

Ainsi, ce n'est point comme *locator operarum*, c'est comme mandataire, qu'un maître de langue ou de musique donne des leçons à ses élèves, qu'un avocat fait un mémoire ou une consultation, qu'un géomètre arpente un champ, un pré ou un bois.

» Comment donc distinguer les travaux dont le prix est compatible avec l'essence du mandat, d'avec les travaux qui se font en vertu du contrat de louage? Par la nature même de ces travaux, ou plutôt de l'art dont ils dépendent.

» Dépendent-ils d'un art mécanique? Il y a contrat de louage entre celui qui les commande et celui qui les fait.

» Dépendent-ils d'un art libéral? Celui qui les commande et celui qui les fait ne sont liés l'un envers l'autre que par un contrat de mandat.

» Écoutons Pothier, *du contrat de mandat*, n°. 26: *Il y a certains services pour lesquels, quoiqu'ils dépendent d'une profession libérale, et qu'en conséquence ils appartiennent au contrat de mandat plutôt qu'au contrat de louage, ceux qui les ont rendus, sont reçus en justice à en demander la récompense ordinaire. Tels sont les services que rendent dans leurs professions les médecins, les grammairiens, les maîtres de philosophie ou de mathématiques, etc.; l'action qu'ont ces personnes pour demander une récompense de ces services, n'est pas* actio ex locato, *c'est* persecutio extraordinaria; *car cette récompense n'est pas* un *loyer, ce n'est pas le prix de leurs services, qui sont inestimables de leur nature; elle se règle sur ce qu'il est d'usage le plus communément de donner pour la récompense de ces services, dans le lieu où ces personnes exercent leur profession*.

» Le même auteur, n°. 125, examine quelle est la nature du mandat *ad lites*, c'est-à-dire du contrat qui intervient entre un plaideur et le procureur (aujourd'hui l'avoué) qu'il charge de le représenter en justice, et voici comment il s'explique à ce sujet:

» *Ce contrat paraît dégénérer de la nature du mandat, en ce qu'il n'est pas gratuit, et qu'il ne renferme pas un office d'amitié; car le procureur reçoit et a droit d'exiger de son client des salaires pour la poursuite ou la défense de l'affaire dont il se charge; et c'est ordinairement son propre intérêt et la vue de ses salaires qui le porte à se charger*

de l'affaire, plutôt que celle de rendre un bon office à son client. C'est pourquoi il semblerait que ce contrat tient plus du contrat de louage, que de celui de mandat; le procureur paraît louer ses services à son client, ses salaires paraissent en être le loyer: c'est ce qu'a pensé Coquille, qui dit que ce contrat magis spectat locationem operarum.

» *Néanmoins il a prévalu de réputer pour contrat de mandat, le contrat par lequel un client charge un procureur de la poursuite judiciaire ou de la défense judiciaire d'une affaire. C'est ce qui paraît par le nom de procureur qu'on donne à celui qui s'en charge. Ce nom est synonyme à celui de mandataire, et ne peut convenir au contrat de louage. C'est pourquoi les salaires des procureurs ne doivent pas être regardés comme un loyer de services appréciables à prix d'argent, mais comme une rémunération qui tient de la nature de celles qu'ont droit d'exiger ceux qui exercent les arts libéraux, pour les services qu'ils rendent dans leur profession.*

» Assurement ce que dit Pothier du procureur *ad lites*, on doit le dire également des Notaires; car les Notaires aussi exercent un art liberal. La loi 1, §. 6, D. *de extraordinariis cognitionibus*, le dit expressement; et quand elle ne le dirait pas, la chose est assez evidente par elle-même.

» Ainsi, de même qu'en vertu de l'art. 2002 du Code civil, les avoués ont une action solidaire contre chacune des personnes qui les ont chargés de soutenir, en justice, un procès dans lequel elles figurent collectivement, de même aussi les Notaires peuvent, en vertu du même article, actionner solidairement chacune des personnes qui ont conjointement requis et employé leur ministère.

» Et c'est sans doute par ce motif, que l'art. 18 du décret du 5 septembre 1810, concernant les *archives des contrats* établies dans les villes de Florence et de Sienne, accorde aux Notaires une action solidaire contre les parties, pour les frais des copies des contrats qu'ils sont tenus de remettre à ces depôts.

» Et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt que vous dénonce le sieur Anjubault ».

Arrêt du 27 janvier 1812, au rapport de M. Audier-Massillon, par lequel,

« Vu les art. 1999 et 2002 du Code civil....;

» Attendu qu'il s'agit au procès, non d'une dette de la succession de la dame Tessier de Marguerite, mais d'une dette résultant d'un engagement pris par ses héritiers;

« Qu'il résulte de l'arrêt de la cour d'appel de Paris que c'était du consentement de tous les heritiers que Me. Anjubault avait ete chargé de la liquidation de ladite succession;

» Qu'en chargeant Me. Anjubault de faire le travail de cette liquidation, les heritiers Marguerite ont contracte envers lui les engagemens du mandant envers le mandataire;

» Qu'un des effets du mandat est de soumettre le mandant a rembourser au mandataire les avances et frais que celui ci a faits pour l'execution du mandat, suivant l'art. 1999 du Code civil ci-dessus rapporté;

» Qu'à l'égard des Notaires et autres fonctionnaires pour lesquels l'emploi du temps et des soins est assimilé aux déboursés, les honoraires qui leur sont accordés par la loi ou par l'usage, doivent être assimilés aux remboursemens des frais et avances;

» Que, lors même qu'on regarderait ces honoraires comme un salaire, cela ne changerait pas la nature du mandat et ne diminuerait rien aux obligations du mandant envers le mandataire, puisque, d'apres le même art. 1999, le mandat n'est pas incompatible avec la stipulation de salaires; et qu'une rétribution résultant d'une promesse tacite et autorisée par l'usage, ne peut pas apporter plus de changement à la nature de ce contrat que ne le feraient des salaires promis par une stipulation expresse;

» Attendu que Me. Anjubault ayant été constitué mandataire par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat, suivant l'art. 2002 du même Code;

» D'où il suit qu'en lui refusant l'action solidaire contre tous les héritiers Marguerite, l'arrêt attaqué a violé les lois ci-dessus rapportées;

» La cour casse et annulle........ ».]]

§. VII. *Des peines qu'encourent les Notaires pour les nullités d'actes faits en contravention aux règles qui leur sont prescrites.*

I. L'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11 porte que « tout acte fait en contravention » aux dispositions contenues aux art. 6, 8, » 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67, est nul, » s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes » les parties; et lorsque l'acte sera revêtu de » la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous » signature privée: sauf, dans les deux cas, » s'il y a lieu, les dommages et intérêts contre » le Notaire contrevenant ».

Le Code civil porte également (art. 1318)

que « L'acte qui n'est pas authentique, par » l'incompétence ou l'incapacité de l'officier » ou par un défaut de forme, vaut comme » écriture privée, s'il a été signé des parties ».

Il faut remarquer que l'acte étant nul comme acte authentique, qu'il soit ou non valable comme acte sous signature privée, le Notaire, dans les deux cas, est exposé aux dommages-intérêts des parties, suivant la gravité des circonstances, ainsi qu'il est ordonné par l'art. 68 ci-dessus cité.

Voici ce qu'a observé, sur cet article, le rapporteur de la loi au tribunat:

« Les actes des Notaires sont soumis à des formalités rigoureuses, mais indispensables pour en assurer l'authenticité et en garantir l'exécution.

» S'il est des cas où l'omission de ces formalités doive entraîner la nullité radicale des actes, il en est d'autres aussi qui méritent de justes exceptions.

» C'est ce que la loi a prévu, en ordonnant que les actes faits en contravention à certains articles, ne seraient nuls entièrement que lorsque toutes les parties contractantes ne les auraient pas signés; mais si les parties ont signé ces actes, alors ils vaudront simplement comme actes sous signature privée.

» Par cette sage disposition, les parties ne se trouveront pas entièrement frustrées de leurs droits par l'effet d'une omission, d'une erreur ou d'une faute qui n'est pas de leur fait: elles ne perdront que l'avantage d'avoir un acte notarié; et si elles veulent rendre leurs conventions authentiques, elles ont la faculté, ou de se présenter chez d'autres Notaires à leur choix, pour y déposer et reconnaître leur acte, ou de se pourvoir en justice. Elles ont en outre leur recours contre le Notaire en défaut, et peuvent obtenir contre lui tous les dommages et intérêts que leur position et les circonstances exigeront ».

Quelque rigoureuse que soit la peine prononcée contre le Notaire contrevenant, l'intérêt de la société l'exigeait: il fallait donner aux citoyens cette garantie contre l'ignorance ou l'infidélité des Notaires; ils n'ont qu'à bien se pénétrer des connaissances et des devoirs de leur état: alors, ils feront tout ce que la loi leur a prescrit, soit pour le fond, soit pour la forme de leurs actes.

[[II. 1°. Les amendes que les Notaires encourent par les infractions qu'ils commettent à différentes dispositions de la loi du 25 ventôse an 11, sont-elles prescriptibles par le même espace de temps que les peines correctionnelles?

2°. Est-ce aux chambres correctionnelles des cours que doivent être portés les appels des jugemens rendus en cette matière?

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 30 juin 1814, qui prononce sur ces questions.

« Le procureur général du roi expose qu'il se croit obligé de déférer à la cour deux arrêts de la cour royale de Toulouse, contre lesquels il n'a pas été exercé de recours en cassation dans le délai fatal.

» Le 30 juin 1813, procès-verbal d'un vérificateur de l'enregistrement, qui constate que, dans des actes dont le plus ancien remonte au 21 germinal an 11, et le plus récent porte la date du 6 octobre 1810, le sieur Friot, Notaire à la résidence de Blajan, a fait aux règles prescrites par la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, des infractions tellement multipliées que chacune étant punie par cette loi d'une amende de 50 francs, ce Notaire se trouve avoir encouru pour 6,930 francs d'amendes.

» Le 30 septembre suivant, second procès-verbal du même préposé, qui constate que, dans des actes, dont le plus ancien remonte au 25 germinal an 11, et le plus récent porte la date du 24 juin 1810, le sieur Castex, Notaire à la résidence de Larroque, a fait de semblables infractions, dont le résultat est qu'il a encouru diverses amendes qui s'élèvent en totalité à 715 francs.

» Les deux procès-verbaux sont transmis au procureur du gouvernement près le tribunal de première instance de Saint-Gaudens; et les sieurs Friot et Castex sont successivement assignés à la requête de ce magistrat, pour se voir condamner aux amendes qu'ils ont respectivement encourues.

» De là, deux jugemens des 1er. et 29 octobre 1813.

» Par l'un et l'autre, les sieurs Friot et Castex sont déclarés convaincus des infractions qui leur sont imputées par les procès verbaux des 30 juin et 30 septembre; mais attendu que toutes ont été commises plus de deux ans avant ces procès-verbaux, et que les amendes qui en résultent, sont soumises à la prescription biennale établie par l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, ils sont déchargés des actions intentées contre eux par le ministère public.

» Le ministère public interjette appel de ces deux jugemens; et les considérant comme rendus en police correctionnelle, quoique ni l'un ni l'autre n'en disent rien, il l'interjette dans la forme prescrite par l'art. 203 du Code d'instruction criminelle.

» Par suite de cette manière de procéder, les deux affaires sont portées à la chambre correctionnelle de la cour de Toulouse; et là, il intervient, le 23 décembre suivant, deux

arrêts qui décident qu'à la vérité, les amendes dont il s'agit, ne sont pas sujettes à la prescription de deux ans établie par la loi du 22 frimaire an 7, mais qu'elles le sont à la prescription de trois ans, qui, aux termes de l'art. 638 du Code d'instruction criminelle, atteint toutes les actions tendant à la répression des *délits de nature à être punis correctionnellement*: en conséquence, confirme le jugement qui décharge le sieur Castex, et ne réforme celui qui decharge le sieur Friot, qu'en ce qu'il ne le condamne pas a une amende de 50 francs pour la derniere des contraventions qu'il a commises, et qui a eu lieu dans les trois ans des poursuites exercées contre lui.

» Ce sont ces deux arrêts que l'exposant croit devoir proposer à la cour d'annuler.

» D'abord, ils sont tous deux entachés d'une incompétence absolue.

» Le tribunal de première instance de Saint-Gaudens n'avait pas prononcé comme tribunal correctionnel; il n'en avait pas pris la qualite dans ses jugemens; et il n'aurait pas pu la prendre, sans violer ouvertement l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11, qui veut que *toutes suspensions, destitutions*, CONDAMNATIONS D'AMENDES *et dommages-intérêts soient prononcées contre les Notaires par le* TRIBUNAL CIVIL *de leur résidence, à la poursuite des parties intéressées ou d'office, à la poursuite et diligence du commissaire du gouvernement*, sauf l'appel.

» Dès-lors, ce n'était point à la chambre correctionnelle, c'était à la chambre civile, de la cour de Toulouse, que devaient être portes les appels des deux jugemens du tribunal de Saint-Gaudens; et la chambre correctionnelle a évidemment outre-passé ses pouvoirs, en recevant et en jugeant ces appels.

» En effet, les chambres correctionnelles des cours n'ont de mission générale que pour *connaître des appels en matière correctionnelle*: c'est la disposition expresse de l'art. 2 du décret rendu le 6 juillet 1810, en exécution de l'art. 5 de la loi du 20 avril precedent, lequel porte que *la division des cours en chambres ou sections et l'ordre du service seront fixés par des réglemens d'administration publique*.

» Il est vrai que, par l'art 11 du même décret, il est dit que, *lorsqu'il y aura des affaires civiles en retard, le premier président pourra faire un rôle des affaires sommaires, et les renvoyer à la chambre des appels en matière correctionnelle*.

» Il est vrai encore que les deux affaires dont il est ici question, auraient pu être rangées dans la classe des matières sommaires, » Mais rien n'annonce, dans les deux arrêts du 23 décembre 1813, que ces deux affaires aient été renvoyées à la chambre correctionnelle par le premier president; et il résulte au contraire de la contexture de ces deux arrêts, que la chambre correctionnelle a connu de ces deux affaires, comme lui étant dévolues de plein droit.

» En second lieu, les deux arrêts du 23 décembre 1813 appliquent à faux l'art. 638 du Code d'instruction criminelle, et, par suite, violent l'art. 2262 du Code civil.

» La regle générale est que toute action personnelle dure trente ans.

» L'action que la loi du 25 ventôse an 11 attribue au ministère public pour faire condamner à des amendes les Notaires qui contreviennent aux dispositions de cette loi, est certainement une action personnelle.

» Cette action doit donc durer trente ans, à moins qu'une loi spéciale n'en restreigne la durée à un terme plus court.

» Or, cette loi spéciale où est-elle? Nulle part.

» L'art. 638 du Code d instruction criminelle soumet bien à la prescription de trois ans les actions qui tendent à la répression des *délits de nature à être punis correctionnellement*.

» Mais quel est le caractere des contraventions aux regles prescrites par la loi du 25 ventose an 11, pour la rédaction des actes notariés?

» Très-certainement ces contraventions ne sont point passibles de poursuites correctionnelles, puisque l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11 elle-même, ne permet de les poursuivre que par action civile.

» Elles n'ont donc pas le caractère de délit.

» Elles ne sont donc pas couvertes par la prescription qu'établit spécialement l'art. 638 du Code d'instruction criminelle.

» Elles restent donc sous l'empire de l'art. 2262 du Code civil (1).

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 442 du Code d'instruction criminelle, les art. 408 et 413 du même Code, l'art. 5 de la loi du 20 avril 1810, l'art. 2 du décret du 6 juillet suivant, et l'art. 2262 du Code civil, casser et annuler, dans l'intérêt de la loi et sans préjudice de son execution entre les parties intéressées, les deux arrêts ci-dessus mentionnés du 23 décembre 1813; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de la cour royale de Toulouse.

(1) Mais remarquez qu'aujourd'hui elles sont assujéties par la loi du 16 juin 1824, à la prescription de deux ans. *V.* l'article *Prescription*, sect. 3, §. 9, n°. 2.

» Fait au parquet, le 28 juin 1814. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Oudart....;

» Vu l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11, l'art. 638 du Code d'instruction criminelle et les art. 408 et 413 du même Code....;

» Attendu premièrement que, suivant l'art. 53 de la loi du 25 ventose an 11, concernant le notariat, les amendes portées par cette loi doivent être prononcées par le tribunal civil de l'arrondissement; que ces amendes conséquemment ne sont pas des peines, et que les infractions qui y donnent lieu, ne sont pas des délits; que le Notaire Castex a été cité d'après cette loi, à la requête du ministère public, devant le tribunal civil de l'arrondissement de Saint-Gaudens; et que l'intitulé du jugement intervenu sur les poursuites dirigées contre lui, énonce que ce jugement a été rendu par le tribunal civil, que, par exploit du 12 juillet 1813, le Notaire Friot a été cité, à la requête du ministère public près le tribunal civil de Saint-Gandens, à comparaître devant ledit tribunal; que, bien que l'intitulé de ce second jugement n'énonce pas qu'il ait été rendu par le tribunal civil, on y a inséré en entier l'art. 53 de la loi du 25 ventose an 11, qui statue que les suspensions et condamnations d'amende seront prononcées par le tribunal civil: qu'ainsi, il conste légalement que le tribunal de Saint-Gaudens a rendu le second jugement, ainsi que le premier, comme tribunal civil; d'où il suit qu'en prenant connaissance des appels interjetés par le ministère public de ces deux jugemens, et en statuant sur ces appels, la chambre des appels de police correctionnelle de la cour royale de Toulouse a violé la règle de compétence établie par l'art. 53 de la loi du 25 ventôse an 11;

» Attendu, en second lieu, que l'amende portée par cette loi, étant purement civile, la même cour n'a pu, sans faire une fausse application de l'art. 638 du Code d'instruction criminelle, declarer acquise, au profit des Notaires Castex et Friot, la prescription que cet article n'a introduite que relativement aux délits de nature à être punis correctionnellement;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle, dans l'intérêt de la loi, et sans préjudice de son exécution, l'arrêt rendu par la chambre des appels de police correctionnelle de la cour royale de Toulouse, le 23 décembre 1813, sur l'appel interjeté par le ministère public, et sur les poursuites dirigées contre le Notaire Castex, et l'arrêt rendu le même jour par la même cour, sur l'appel interjeté par le ministère public, et sur les poursuites dirigées contre le Notaire Friot ».

§. VIII. *De l'admission, de l'installation et du cautionnement des Notaires.*

I. « Pour être admis aux fonctions de Notaire, il faut 1°. jouir de l'exercice des droits de citoyen; 2°. avoir satisfait aux lois sur la conscription militaire, *ou*, *ce qui revient au même aujourd'hui*, *sur le recrutement*]]; 3°. être agé de vingt-cinq ans accomplis; 4°. justifier du temps de travail ci-apres prescrit. (*Art.* 35 *de la loi du* 25 *ventôse an* 11).

» Le temps de travail ou stage est de six années entieres et non interrompues, dont une des deux dernières au moins en qualité de premier clerc chez un Notaire d'une classe égale à celle où se trouvera la place à remplir. (*Art.* 36).

» Cependant le travail peut n'être que de quatre années, lorsqu'il en aura été employé trois dans l'étude d'un Notaire d'une classe supérieure à la place qui devra être remplie; et lorsque, pendant la quatrième, l'aspirant aura travaillé, en qualité de premier clerc, chez un Notaire d'une classe supérieure ou égale à celle où se trouvera la place pour laquelle il se présentera. (*Art.* 37).

» Le Notaire déjà reçu, et exerçant depuis un an, dans une classe inférieure, est dispensé de toute justification de stage, pour être admis à une place de Notaire vacante dans une classe immédiatement supérieure. (*Art.* 38).

» L'aspirant qui aura travaillé pendant quatre ans, sans interruption, chez un Notaire de première ou de seconde classe, et qui aura été, pendant deux ans au moins, défenseur ou avoue près d'un tribunal civil, peut être admis dans une des classes où il aura fait son stage, pourvu que, pendant l'une des deux dernières années de son stage, il ait travaillé, en qualité de premier clerc, chez un Notaire d'une classe égale à celle où se trouvera la place à remplir. (*Art.* 39).

» Le temps de travail exigé par les articles précédens, doit être d'un tiers en sus, toutes les fois que l'aspirant, ayant travaillé chez un Notaire d'une classe inférieure, se présentera pour remplir une place d'une classe immédiatement supérieure. (*Art.* 40).

» Pour être admis à exercer dans la troisième classe des Notaires, il suffira que l'aspirant ait travaillé pendant trois années chez un Notaire de première ou de seconde classe, ou qu'il ait exercé, comme défenseur ou avoué, pendant l'espace de deux années, auprès d'un tribunal d'appel ou de première instance, et qu'en outre il ait travaillé pendant un an chez un Notaire. (*Art.* 41).

» Le gouvernement pourra dispenser de la justification du temps d'étude, les individus qui auront exercé des fonctions administratives ou judiciaires. (*Art* 42).

» L'aspirant demandera à la chambre de discipline du ressort dans lequel il devra exercer, un certificat de moralité et de capacité. Le certificat ne pourra être délivré qu'après que la chambre aura fait parvenir au commissaire du gouvernement du tribunal de première instance, l'expédition de la délibération qui l'aura accordé (*Art.* 43).

» En cas de refus, la chambre donnera un avis motivé, et le communiquera au commissaire du gouvernement, qui l'adressera au grand juge avec ses observations ». (*Art.* 44).

L'orateur du gouvernement (M. Réal) a très sagement observé, sur ce dernier article, « qu'après avoir pris toutes les précautions » pour empêcher qu'un individu sans mœurs » et sans talens puisse remplir une place aussi » importante, la loi présentait un moyen pour » que l'intérêt personnel ou des préventions » mal fondées ne pussent priver du fruit de » ses travaux l'homme qui réunirait des mœurs » pures à une grande instruction. La chambre » de discipline n'est pas constituée juge; et » son avis, dont, en cas de refus, elle doit » donner les motifs, sera remis par elle au » procureur (du roi), adressé par lui au » grand-juge, apprécié, rejeté ou approuvé » par le gouvernement ».

On a vu toutes les conditions nécessaires poor être admis à l'état de Notaire. Voici maintenant les formes prescrites pour la nomination et l'installation de chaque Notaire.

II. « Les Notaires sont nommés par (le roi): ils obtiennent de S. M. une commission qui énonce le lieu fixe de leur résidence. (*Art.* 45).

» Les commissions des Notaires sont, dans leur intitulé, adressées au tribunal de première instance dans le ressort duquel le pourvu doit avoir sa résidence. (*Art.* 36).

» Dans les deux mois de sa nomination, et à peine de déchéance, le pourvu est tenu de prêter, à l'audience du tribunal auquel la commission a été adressée, le serment que la loi exige de tout fonctionnaire public, ainsi que celui de remplir ses fonctions avec exactitude et probité.

» Il n'est admis à prêter serment qu'en représentant l'original de sa commission et la quittance du versement de son cautionnement.

» Il est tenu de faire enregistrer le procès-verbal de prestation de serment au secrétariat de la municipalité du lieu où il devra résider, et aux greffes de tous les tribunaux dans les ressorts desquels il doit exercer. (*Art.* 47).

» Il n'aura droit d'exercer qu'à compter du jour où il aura prêté serment. (*Art.* 48).

» Avant d'entrer en fonctions, les Notaires doivent déposer au greffe de chaque tribunal de première instance de leur département, et au secrétariat de la municipalité de leur résidence, leurs signature et paraphe.

» Les Notaires à la résidence des cours d'appel, font en outre ce dépôt aux greffes des autres tribunaux de première instance de leur ressort. (*Art.* 49) ».

Le dépôt qu'un Notaire est obligé de faire au greffe de chaque tribunal de son arrondissement, tant de sa signature que de son paraphe, est nécessaire pour que le juge puisse y avoir recours, lorsqu'il veut s'assurer de la vérité d'un acte notarié produit en justice, ou présenté à la légalisation. Il faut, dès-lors, qu'un Notaire ait l'attention de toujours signer et parapher ses actes d'une manière conforme à la signature et au paraphe dont il a fait le dépôt; sans quoi le but de la loi serait manqué.

III. Les Notaires sont assujétis à un cautionnement qui est fixé par le gouvernement, en raison combinée du ressort et de la résidence de chacun d'eux : il est spécialement affecté à la garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions.

Ces cautionnemens sont versés, remboursés, et les intérêts en sont payés, conformément aux lois sur les cautionnemens. (*Art.* 33 *et* 34 *de la loi du* 25 *ventôse an* 11).

[[Quatre]] lois ont concouru à la formation du cautionnement actuel des Notaires.

La première, du 7 ventôse an 8, les a divisés en trois classes, savoir : ceux qui habitent les chefs lieux de département; ceux qui habitent les chefs lieux d'arrondissement; et enfin, ceux qui habitent les autres villes, les bourgs et les villages.

La deuxième, du 25 ventôse an 11, a fixé le cautionnement des Notaires sur deux bases différentes, savoir, celle du ressort et celle de la résidence.

C'est sur ces bases que, par un arrêté du ministre des finances du 23 floréal an 11, concerté avec le ministre de la justice, il a été formé trois tableaux des cautionnemens des Notaires : le premier est relatif aux Notaires des cours d'appel; le second, aux Notaires des tribunaux de première instance; et le troisième, aux Notaires des justices de paix.

Ces trois tableaux ont éprouvé un changement par la loi du 25 ventôse an 13, concernant les finances, qui exi e, de la part des

Notaires, un supplément de cautionnement. L'art. 10 de cette loi double les cautionnemens des Notaires de Paris, et porte ceux des autres Notaires au tiers en sus du taux fixé par l'arrêté du 23 floréal an 11.

[[Enfin, les uns et les autres sont encore augmentés notablement par la loi du 28 avril 1816.]]

Le versement des cautionnemens doit être fait au trésor public, dans les caisses des receveurs de département ou d'arrondissement; et l'intérêt, [[qui en était d'abord]] payé par la caisse d'amortissement, [[l'est aujourd'hui par le trésor royal]].

Quant au remboursement du cautionnement, s'il a lieu par la cessation des fonctions du Notaire, il faut que celui-ci remplisse les formalités prescrites par la loi du 25 nivôse an 13.

Il doit d'abord déclarer au greffe du tribunal dans lequel il exerçait, qu'il a cessé ses fonctions. Cette déclaration est affichée, pendant trois mois, dans le lieu des séances du tribunal.

Il est ensuite délivré par le greffier, un certificat visé du président du tribunal, constatant 1°. que cette déclaration a été affichée pendant le délai fixé; 2°. que, dans cet intervalle, il n'a été prononcé contre le Notaire aucune condamnation pour fait relatif à ses fonctions; 3°. enfin, qu'il n'existe au greffe du tribunal aucune opposition à la délivrance du certificat demandé.

Ce certificat est adressé par le Notaire réclamant à la caisse chargée du remboursement du cautionnement.

S'il s'agit d'un titulaire décédé ou interdit, ses héritiers et ayant droit sont autorisés à demander le remboursement de son cautionnement, après avoir rempli les formalités prescrites par le décret du 18 septembre 1806.

[[*V.* l'article *Cautionnement des employés et fonctionnaires publics.*]]

§. IX. *Des chambres de discipline des Notaires.*

I. La loi du 25 ventôse an 11 sur le notariat, porte que des chambres seront établies pour la discipline intérieure des Notaires, et qu'elles seront organisées par des réglemens (*Art.* 50).

Cette institution est une des mesures les plus morales pour maintenir les Notaires dans les bornes de leurs fonctions et des devoirs qui leur sont imposés. L'orateur du gouvernement, M. Réal, en a fait ressortir tous les avantages dans l'*exposé des motifs* de la loi.

« Ce n'est pas assez (a-t-il dit) d'avoir prévu les cas de destitution, de suspension; d'avoir exigé un cautionnement qui garantit le public contre la malversation; la loi, qui ne réprime que les délits, ne suffit pas à cette institution; il faut, pour ceux qui en exercent le beau ministère, un Code pénal plus sévère, un tribunal plus austère que pour le commun des hommes. Dans le commerce ordinaire de la vie, l'homme qui manque aux lois de la délicatesse, celui même qui ne fait pas tout ce que la probité commande, sont presque toujours hors des atteintes des lois; aucun tribunal ne peut leur infliger de peines; mais lorsqu'il s'agit d'un Notaire, un manque de délicatesse est déjà un délit répréhensible, et le défaut de probité est un crime qui doit être sévèrement puni.

» Ce Code pénal plus sévère, ce tribunal plus austère, nous le trouverons dans l'institution des chambres de discipline; l'expérience actuelle, réunie à l'expérience du passé, proclame hautement la bonté, l'efficacité de cette mesure. Il faut que le Notaire que la loi ne pourrait atteindre, il faut que le Notaire que les tribunaux ne pourraient intimider, voie sans cesse dans ses confrères des juges aussi éclairés, aussi infaillibles que sa conscience, aussi inévitables que ses remords ».

II. Les chambres de discipline des Notaires ont été organisées par un arrêté du gouvernement, du 2 nivôse an 12, qui fixe leurs attributions. Voici ses termes:

« Art. 1. Il sera établi, auprès de chaque tribunal civil de première instance et dans son chef-lieu, une chambre des Notaires de son ressort, pour leur discipline intérieure.

» 2. Les attributions de la chambre seront

» 1°. De maintenir la discipline intérieure entre les Notaires, et de prononcer l'application de toutes les censures et autres dispositions de discipline;

» 2°. De prévenir ou concilier tous différends entre Notaires, et notamment ceux sur des communications, remises, dépôts et rétentions de pièces, fonds et autres objets quelconques, sur des questions, soit de réception et garde des minutes, soit de préférence ou concurrence dans les inventaires, partages, ventes, adjudications et autres actes; et, en cas de non conciliation, d'émettre son opinion par simple avis;

» 3°. De prévenir ou concilier également toutes plaintes et réclamations de la part de tiers contre les Notaires, à raison de leurs fonctions; donner simplement son avis sur les dommages et intérêts qui en résulteraient; et réprimer, par voie de censure et autres dispositions de discipline, toutes infractions qui en seraient l'objet, sans préjudice de l'action devant les tribunaux, s'il y a lieu;

» 4°. De donner, comme tiers, son avis sur les difficultes concernant le réglement des honoraires et vacations des Notaires, ainsi que sur tous différends soumis à cet égard au tribunal civil;

» 5° De délivrer ou refuser, s'il y a lieu, tous certificats de bonnes mœurs et capacité à elle demandés par les aspirans qui se présenteront pour être admis aux fonctions de Notaires: prendre à ce sujet toutes deliberations, on donner tous avis motivés, les adresser ou communiquer à qui de droit;

» 6°. De recevoir en depot les états de minutes dépendant des places de Notaires supprimés;

» 7°. Et enfin, de représenter tous les Notaires de l'arrondissement collectivement, sous les rapports de leurs droits et intérêts communs.

» 3. Chaque chambre de Notaires sera composée de membres designés par eux parmi les Notaires de l'arrondissement.

» Leur nombre est fixé à dix-neuf pour la chambre des Notaires de Paris; à neuf, lorsque celui des Notaires du ressort de la chambre sera au-dessus de cinquante; et à sept, lorsqu'il sera au-dessous.

» 4. Les membres de la chambre ne pourront deliberer valablement qu'autant que ceux présens et votans seront au moins au nombre de douze pour Paris, de sept pour les chambres composées de neuf membres, et de cinq pour les autres chambres.

» 5. Les membres de la chambre choisiront entre eux,

» 1°. Un président, qui aura voix prépondérante en cas de partage d'opinions: il convoquera la chambre extraordinairement, quand il le jugera à propos, ou sur la réquisition motivée de deux autres membres; il aura la police d'ordre dans la chambre;

» 2°. Un syndic, qui sera partie poursuivante contre les Notaires inculpés; il sera entendu préalablement à toutes délibérations de la chambre, qui sera tenue de délibérer sur tous ses réquisitoires: il aura, comme le président, le droit de la convoquer; il poursuivra l'exécution de ses delibérations, dans la forme ci-après déterminée, et agira, pour la chambre, dans tous les cas et conformément à ce qu'elle aura délibéré;

» 3°. Un rapporteur, qui recueillera les renseignemens sur les affaires contre les Notaires inculpes, et en fera rapport à la chambre;

» 4°. Un secrétaire, qui rédigera les délibérations de la chambre, qui sera le gardien des archives, et délivrera toutes les expeditions;

» 5°. Un trésorier qui tiendra la bourse commune ci-après etablie, fera les recettes et dépenses autorisées par la chambre: il en rendra compte, à la fin de chaque trimestre, à la chambre assemblée, qui les arrêtera ainsi que de droit, et lui en donnera sa décharge.

» 6. Le nombre des membres qui doivent composer les chambres des Notaires, d'après l'art. 3, et celui qui, d'après l'art. 4, est nécessaire à la validité des délibérations de la chambre, pourront être, suivant les localités, reduits ou augmentés par le gouvernement.

» Le nombre des syndics pourra être porté à trois pour Paris et à deux pour les chambres dont le ressort comprendra plus de cinquante Notaires.

» 7. Indépendamment des attributions particulieres données aux membres désignés dans l'art. 5, chacun d'eux aura voix délibérative, ainsi que les autres membres, dans toutes les assemblées de la chambre; et neanmoins, lorsqu'il s'agira d'affaires ou le syndic sera partie contre un notaire inculpé, le syndic n'aura que voix consultative, et ne sera point compté parmi les votans, à moins que son opinion ne soit à décharge.

» 8. Les fonctions spéciales attribuées par l'art. 5 à chacun des membres dont il ordonne la création, pourront être cumulées, lorsque le nombre des membres composant la chambre, sera au dessous de sept; et néanmoins les fonctions de président, de syndic et de rapporteur, seront toujours exercées par trois personnes différentes.

» Quel que soit le nombre des membres composant la chambre, la même cumulation de fonctions pourra avoir lieu momentanément, en cas d'absence ou empêchement de quelqu'un des membres désignés dans l'art. 5, lesquels, pour ce cas, se suppléeront entr'eux, ou pourront même être supplées par tel autre membre de la chambre.

» Les suppléans momentanés seront nommés par le président de la chambre, ou, s'il est absent, par la majorité des membres présens en nombre suffisant pour délibérer.

» 9. La chambre prononcera par voie de décision pour les cas de police et de discipline intérieure.

» 10. La chambre mandera les Notaires à ses séances, prononcera contre eux par forme de discipline, et suivant la gravité des cas, soit le rappel à l'ordre, soit la censure simple par la décision même, soit la censure avec réprimande par le president au Notaire, en personne, dans la chambre assemblée, soit la privation de voix délibérative dans l'assemblée générale, soit l'interdiction de l'entrée de la chambre pendant un espace de temps qui ne pourra excéder trois ans pour la première fois,

et qui pourra s'étendre à six ans en cas de récidive.

» 11. Si l'inculpation portée à la chambre contre un Notaire, paraît assez grave pour mériter la suspension du Notaire inculpé, la chambre s'adjoindra, par la voie du sort, d'autres Notaires de son ressort, savoir, celles de Paris, dix Notaires; et les autres chambres, un nombre égal, plus un, à celui de leurs membres.

» La chambre, ainsi composée, émettra, par forme de simple avis, et à la majorité absolue des voix, son opinion sur la suspension et sa durée.

» Les voix seront recueillies, en ce cas, au scrutin secret, par *oui* ou par *non*; mais l'avis ne pourra être formé, si les deux tiers au moins de tous les membres appelés à l'assemblée, n'y sont présens.

» 12. Quand l'avis émis par la majorité des membres de la chambre, sera pour la suspension, il sera déposé au greffe du tribunal; expédition en sera remise au commissaire du gouvernement, qui en fera l'usage prescrit par la loi.

» 13. Le syndic déférera à la chambre les faits relatifs à la discipline; et il sera tenu de les lui dénoncer, soit d'office, quand il en aura connaissance, soit sur la provocation des parties intéressées, soit sur celle d'un des membres de la chambre. Les Notaires inculpés seront cités à la chambre, avec délai suffisant, qui ne pourra être au-dessous de cinq jours, à la diligence du syndic, par une simple lettre indicative de l'objet, signée de lui, et envoyée par le sécretaire, qui en tiendra note.

» Si le Notaire ne comparait point sur la lettre du syndic, il sera cité une seconde fois dans le même délai, à la même diligence, par ministère d huissier.

» 14. Quant aux différends entre Notaires, et aux difficultés sur lesquelles la chambre est chargée d'émettre son avis, les Notaires pourront se présenter contradictoirement, et sans citation préalable, aux séances de la chambre: ils pourront également y être cités, soit par simples lettres indicatives des objets, signées des Notaires provoquans, et envoyées par le secrétaire, auquel ils en laisseront des doubles, soit par des citations ordinaires, dont ils déposeront les originaux au secrétariat. Ces citations officielles, ou par lettres, seront données avec les mêmes délais que celles du syndic, après avoir été préalablement sonmises au visa du président de la chambre.

» 15. La chambre prendra ses délibérations, dans les affaires particulières, après avoir entendu ou dûment appelé, dans la forme ci-dessus prescrite, les Notaires inculpés ou intéressés, ensemble les tierces parties qui voudront être entendues, et qui, dans tous les cas, pourront se faire représenter ou assister par un Notaire. Les délibérations de la chambre seront motivées et signées sur la minute par le président et le secrétaire, à la séance même où elles seront prises. Chaque délibération contiendra les noms des membres présens. Ces délibérations n'étant que de simples actes d'administration, d'ordre ou de discipline intérieure, ou de simples avis, ne seront, dans aucun cas, sujettes au droit d'enregistrement, non plus que les pièces y relatives. Les délibérations de la chambre seront notifiées, quand il y aura lieu, dans la même forme que les citations; il en sera fait mention par le secrétaire, en marge desdites délibérations.

» 16. Les assemblées de la chambre se tiendront en un local à ce destiné dans la ville où elle sera établie.

» Chaque année, il y aura de droit deux assemblées générales; et il pourra y en avoir d'autres extraordinaires toutes les fois que les circonstances l'exigeront, et que la chambre le jugera convenable.

» Les assemblées générales ou extraordinaires seront convoquées conformément aux dispositions rappelées en l'art. 5. Tous les Notaires du ressort de la chambre sont invités à s'y rendre, soit pour les nominations dont parle l'art. 18 ci-après, soit pour se concerter sur ce qui intéressera l'exercice de leurs fonctions.

» 17. Il ne pourra être pris de délibération en assemblée générale, qu'autant que le nombre des Notaires présens sera au moins du tiers de tous ceux du ressort de la chambre, non compris dans ce tiers les membres de la chambre.

» 18. Les membres de la chambre seront nommés par l'assemblée générale des Notaires de son ressort, convoqués à cet effet. La moitié desdits membres sera choisie dans les plus anciens en exercice, formant le tiers de tous les Notaires du ressort. La nomination aura lieu à la majorité absolue des voix, au scrutin secret, et par bulletin de liste contenant un nombre de noms qui ne pourra excéder celui des membres à nommer.

» 19. Les membres de la chambre seront renouvelés chaque année, et par tiers, pour les nombres qui comportent cette division, et par portions approchant le plus du tiers pour les autres nombres, en faisant alterner, chaque année, les portions inférieures et supérieures au tiers, mais en commençant par les inférieures, et de manière que, dans tous les

cas, aucun membre ne puisse rester en fonctions plus de trois ans consécutifs.....

» 20. Les membres désignés pour composer la chambre, nommeront entr'eux, en suivant le mode de l'art. 18, les président et autres officiers dont parle l'art. 5. Le président sera toujours pris parmi les plus anciens désignés dans l'art. 18. Cette nomination particulière se renouvellera chaque année; les mêmes pourront être réélus: à égalité de voix, le plus ancien d'âge obtiendra la préférence.

» 21. La nomination des membres de la chambre se fera de droit le 15 brumaire de chaque année. Ils entreront en fonctions le 1er. frimaire suivant (1); et le même jour, ils nommeront les présidens et autres officiers, qui de suite entreront aussi en fonctions.

» 22. Il y aura une bourse commune pour les dépenses de la chambre. Elle sera établie de manière qu'elle n'excède pas les dépenses ordinaires. Elle sera consentie par l'assemblée générale, répartie sur les divers membres de l'arrondissement; et le rôle rendu exécutoire par le président du tribunal d'appel du ressort, sur le rapport et d'après l'avis du commissaire établi près le même tribunal. L'arrêté qui aura ainsi établi la bourse commune, sera adressé au grand-juge, qui prononcera sur les réclamations.

» 23. Il sera pourvu, lors du réglement général à faire pour l'exécution de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, à toutes autres dispositions qui pourraient concerner les chambres de discipline ».

III. Comment doit-il être procédé relativement aux certificats de moralité et de capacité, qui, d'après l'art. 43 de la loi du 25 ventôse an 11, sont nécessaires aux aspirans?

Les chambres de discipline doivent se renfermer, à cet égard, dans ce qui leur est prescrit par la loi. Voici la marche qui leur est tracée par une lettre circulaire du ministre de la justice, du 22 ventôse an 12, adressée aux procureurs (du roi) des tribunaux de première instance:

1°. Lorsqu'il se présente un aspirant, la première chose que la chambre doit examiner, c'est s'il est nécessaire d'établir un nouveau Notaire dans la résidence où l'aspirant a dessein de s'établir. Elle verra donc d'abord si cette demande n'est pas contraire à ce que prescrit l'art. 31 de la loi du 25 ventôse an 11, c'est-à-dire, si le nombre des Notaires pour le canton dont il s'agit, est au-dessous, ou non, du *minimum* fixé par la loi.

Dans le premier cas, il n'est pas douteux que la nomination ne doive avoir lieu; il ne reste plus qu'à examiner la capacité de celui qui se présente pour remplir la place vacante.

Dans le second cas, lorsque le *minimum* de la loi est rempli, la chambre a d'abord à s'occuper de la question de savoir s'il est nécessaire de l'excéder. Son avis sur ce sujet doit être motivé sur les circonstances et les localités.

2°. La chambre vérifiera ensuite si les conditions prescrites par l'art. 35, sont fidèlement remplies par l'aspirant; et elle fera une mention particulière de cet objet, en détaillant chaque condition exigée, et les pièces qui en justifient l'accomplissement.

3°. Elle exécutera ensuite l'art. 43, où il est dit que « le certificat ne pourra être délivré qu'après que la chambre aura fait parvenir au procureur (du roi) du tribunal de première instance, l'expédition de la délibération qui l'aura accordé ».

En conséquence, il faut d'abord que la délibération de la chambre de discipline, tendant à accorder ou à refuser le certificat, soit communiquée au procureur (du roi), qui fait, à cet égard, ses observations, et les renvoie à la chambre de discipline: celle-ci délibère de nouveau, et persiste dans son opinion, ou la change, suivant ce qu'elle juge convenable. Sa détermination ultérieure est de nouveau adressée au procureur (du roi), qui, à son tour, la fait passer au grand juge, ministre de la justice, avec toutes les pièces justificatives, accompagnée de ses propres observations sur chacun des objets sur lesquels la chambre aura délibéré.

Enfin, il est essentiel que la chambre de discipline fasse attention que, d'après l'art. 5 de l'arrêté du gouvernement, du 2 nivôse an 12, toutes ses délibérations doivent être inscrites sur un registre, et rédigées par un secrétaire qui en délivre les expéditions. Elles ne doivent point être écrites sur des feuilles volantes, ni signées individuellement par les membres qui les ont prises.

Chaque délibération doit faire mention du nombre et du nom des Notaires présens.

Par une seconde circulaire du 6 vendémiaire an 13, également adressée aux procureurs (du roi), le ministre de la justice a résolu plusieurs difficultés qui s'étaient élevées dans les chambres de discipline.

« Je m'apperçois (dit-il) qu'un grand nombre de chambres de discipline doutent si elles

(1) Un décret, du 4 avril 1806, porte que cette nomination aura lieu le 1er. mai, à dater de l'an 1807, les membres élus doivent entrer en fonctions le 15 du même mois.

ont le droit d'examiner les candidats qui se présentent pour le notariat, et qui sont munis de certificats constatant le temps d'étude exigé par la loi.

» Ces certificats doivent être sans doute d'un grand poids, surtout quand ils sont donnés par des hommes dont les lumières et l'impartialité sont généralement reconnues.

» Mais lorsque la chambre a lieu de croire qu'ils sont l'ouvrage de la complaisance ou le produit de l'importunité, rien ne l'empêche de recourir à son examen pour s'assurer, d'une manière plus sûre, de la capacité du candidat. Mais en cela, comme en tout, elle doit être dirigée par un esprit d'équité, sans chercher à embarrasser le candidat par des questions trop difficiles, et surtout par des questions étrangères au notariat.

» Lorsqu'il y a plusieurs candidats pour une même place, la chambre doit indiquer celui qu'elle juge le plus digne de l'obtenir, soit sous le rapport de la capacité, soit sous celui de la moralité.

» Toutes les fois que le *maximum* n'est point rempli dans une résidence, la chambre ne peut pas se refuser, ainsi qu'on le fait quelquefois, à délibérer sur les demandes qui lui sont adressées, sous le prétexte qu'il n'est pas nécessaire d'augmenter le nombre des Notaires. La chambre peut bien consigner dans son avis les motifs qu'elle a de s'opposer à cette augmentation; mais elle doit toujours en donner un sur la capacité et la moralité de l'aspirant: sans cela, elle empiéterait sur l'autorité du gouvernement, à qui seul il appartient de régler le nombre des Notaires de chaque résidence.

» Enfin, il arrive quelquefois qu'un candidat n'a pas rempli le stage requis par la loi, et qu'il se croit néanmoins dans le cas d'obtenir la dispense que Sa Majesté a le droit d'accorder. J'ai vu que presque toujours la chambre donne son avis en pareil cas, et qu'elle renvoie le candidat à se pourvoir pour obtenir préalablement la dispense qui lui est nécessaire.

» Ce procédé n'est pas régulier.

» La chambre de discipline doit toujours délibérer sur la capacité et la moralité de l'aspirant; et quand elle n'est arrêtée que par le défaut de stage, elle doit donner son avis sur les motifs que l'aspirant allègue pour obtenir la dispense du temps qui lui manque.

» Le gouvernement se trouve, par là, plus à portée d'apprécier ces motifs, auxquels il a égard ou qu'il rejette alors en connaissance de cause ». *

[[IV. Lorsqu'on Notaire a encouru la destitution, peut elle être prononcée, sans qu'au préalable la chambre de discipline ait donné son avis?

Le sieur Champeaux, Notaire à Raucourt, arrondissement de Sedan, prévenu d'avoir commis un faux, en insérant dans la minute d'un procès-verbal de vente publique de meubles précédemment enregistré, un article de 500 francs pour lequel il s'était fait payer par l'adjudicataire une somme de 22 francs, comme s'il l'eût payée lui même pour l'enregistrement de cet article, est traduit devant la cour de justice criminelle et spéciale du département des Ardennes, qui, abusant du pouvoir qu'elle a de juger sans recours en cassation, déclare qu'il n'est pas coupable de faux, mais seulement d'escroquerie et le condamne à 500 francs d'amende et une année d'emprisonnement.

Le sieur Champeaux ayant subi sa condamnation, reprend ses fonctions de Notaire.

Le procureur (du roi) du tribunal civil de l'arrondissement de Sedan donne un réquisitoire, par lequel, après avoir exposé les faits dont on vient de parler, il conclud à la destitution du sieur Champeaux.

Le tribunal déclare qu'il n'y a pas lieu de le destituer.

Appel de la part du procureur général de la cour de Metz; et en conséquence, arrêt de cette cour qui destitue le sieur Champeaux.

Celui-ci se pourvoit en cassation, et soutient que cet arrêt doit être annulé, 1°. parcequ'il a prononcé la destitution d'un Notaire, sans l'avis préalable de la chambre de discipline, et que, par là, il a contrevenu à l'art. 11 de l'arrêté du gouvernement du 2 nivôse an 12; 2°. parcequ'il a admis l'appel du procureur général, dans une matière où la loi donne bien une action au ministère public, mais ne l'autorise pas à se pourvoir contre le jugement qui repousse cette action.

Par arrêt du 13 mai 1807, au rapport de M. Cochard, et sur les conclusions de M. Daniels,

« Attendu 1°. que le droit de surveillance de police et de censure, attribué à la chambre de discipline des Notaires sur ses membres, par le règlement du 2 nivôse an 12, est indépendant de l'action et des poursuites du ministère public contre les Notaires prévaricateurs, et que la chambre de discipline, en ce cas, ne peut ni en arrêter ni en modifier l'exercice;

» 2°. Que, dans l'espèce, le demandeur, traduit d'abord par-devant le tribunal criminel spécial, sur une accusation en faux commis dans l'exercice de ses fonctions, y avait été

convaincu d'avoir ajouté à l'une de ses minutes, par interligne, d'avoir fait cette addition en fraude, après l'enregistrement de ladite minute, pour la réparation duquel délit il avait été condamné aux peines arbitrées par ledit tribunal;

» 3°. Qu'aux termes de l'art. 16 du même réglement, ce délit emportait la destitution de son office, laquelle n'ayant pas été prononcée par ledit tribunal criminel spécial, devait l'être par un tribunal civil, aux termes de l'art. 53 de la loi du 25 ventose de l'an 11;

» 4°. Que, suivant les principes de l'ordre judiciaire, tous les jugemens rendus par les tribunaux de première instance, sont susceptibles d'appel, à l'exception des seuls cas prohibés par la loi; que, dans l'espèce, le procureur général près la cour d'appel de Metz, en appelant du jugement du tribunal civil de Sedan, qui renvoyait Philippe Champeaux de la demande en destitution de son office dirigée contre lui par le procureur (du roi) établi près ce tribunal, n'a fait qu'user d'une faculté permise; d'où il suit que l'arrêt rendu contre lui par cette cour, est également juste et régulier; qu'il n'a point contrevenu à l'art. 11 du réglement du 2 nivôse an 12, et qu'il n'a fait aucune fausse application dudit art. 53 de ladite loi du 25 ventose an 11;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

L'arrêt du 13 décembre 1810, qui est cité dans le plaidoyer du 20 novembre 1811, rapporté ci-dessus, §. 3, n°. 2, juge la même chose.

Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur Rieix opposait à l'arrêt de la cour de Bruxelles qui avait prononcé sa destitution, le défaut d'avis préalable de la chambre des Notaires. Mais ce moyen de cassation a été rejeté, « attendu » qu'aux termes de l'art. 53 de la loi du 25 » ventôse an 11, *toutes suspensions, destitu-» tions, condamnations d'amende seront pro-» noncées contre les Notaires par le tribunal » civil de leur résidence, à la poursuite des » parties intéressées, ou d'*OFFICE, A LA POUR-» SUITE ET DILIGENCE DU COMMISSAIRE DU GOU-» VERNEMENT; que le ministère public, pour-» suivant d'office la destitution d'un Notaire, » n'est pas tenu de le citer préalablement à la » chambre de discipline ».

V. les articles *Abréviation, Acte notarié, Acte sous seing-privé, Archives des contrats, Chambre des avoués, Signature, Contrat de mariage, Expédition, Grosse, Donation, Faux, Inventaire, Partage, Protêt, Nullité, Testament, Rature, Renvoi, Surcharge, Copie, Ratification*, et mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Notaire*.]]

NOTIFICATION. C'est un acte par lequel on donne connaissance de quelque chose dans une forme juridique.

[[*V.* les articles *Citation, Juré-Jury*, §. 3 et 4, *Saisie immobilière, Opposition à un jugement, Transcription, Surenchère*, n°. 3-3°. etc.]]

* NOTORIÉTÉ (ACTE DE). Ces termes ont, dans la jurisprudence, deux acceptions différentes.

I. Ils désignent un certificat authentique, délivré par des officiers de judicature, de ce qui se pratique dans leur siége, sur quelque matière de jurisprudence ou quelque forme de procédure.

Ces sortes d'actes sont ordinairement accordés à la réquisition de quelqu'un qui a intérêt de constater l'usage.

Le juge qui les délivre, ne doit le faire qu'après avoir consulté les autres officiers de son siége, s'il y en a, et même après avoir pris l'avis des avocats et procureurs, ou autres praticiens de son siége, s'il n'y a ni avocats ni procureurs en titre.

L'usage des actes de Notoriété s'est introduit depuis l'abrogation des enquêtes par turbes, qui a été faite par l'ordonnance de 1667.

Pour que les actes de Notoriété puissent avoir quelque autorité dans une cause ou procès, il faut qu'ils aient été délivrés en vertu d'un jugement du juge supérieur; autrement, ces sortes d'actes peuvent passer pour des certificats mendiés, que le juge a accordés par complaisance et à force d'importunités.

Il faut aussi qu'il y ait requête présentée par l'une des parties; qu'on appelle devant les juges les parties qui peuvent y avoir intérêt; que les avocats soient ouis de vive voix à l'audience, et le syndic des procureurs pour tous ceux du siége; que le ministère public ait donné ses conclusions; que l'acte fasse mention des jugemens sur lesquels la Notoriété est établie; enfin, qu'il soit ordonné qu'acte en sera délivré à la partie requérante, pour lui servir ce que de raison.

Les juges sont les seuls qui aient caractère pour donner des actes de Notoriété; les avocats d'un siége, même en corps, ne peuvent donner que des consultations; les officiers du ministère public ne sont pas non plus parties capables pour donner des actes de Notoriété en forme.

[[Du reste, on l'a déjà dit, ce n'était point l'ordonnance de 1667, c'était *l'usage* seulement qui, pour tenir lieu des *enquêtes par turbes*, abrogées par cette ordonnance, avait

établi que les points de droit locaux se prouveraient par des actes de Notoriété.

Mais ce mode de preuve peut il encore être employé légalement depuis que l'art. 1041 du Code de procédure a abrogé, non-seulement toutes les *lois* et tous les *réglemens*, mais encore toutes les *coutumes* et tous les *usages antérieurs relatifs à la procédure civile ?*

J'ai supposé l'affirmative en portant la parole, le 8 juin 1809, dans une affaire où la question n'était pas agitée ; et la cour de cassation l'a également supposée par l'arrêt qu'elle a rendu le même jour sur mes conclusions (1).

Mais j'y ai réfléchi depuis, et il m'a paru que je m'étais trompé.

Que résulte-t-il, en effet, de ce que l'usage des actes de Notoriété à l'effet de constater des points de droit locaux, n'est pas reproduit par le Code de procédure?

Bien évidemment il en résulte que la preuve des points de droit locaux ne peut être faite que dans la forme prescrite par le Code de procédure pour la preuve de tout fait contesté entre les parties ; car la question de savoir si tel point de droit a lieu ou non dans tel pays, n'est, pour les juges devant lesquels ce point de droit est, d'une part, allégué comme constant, et de l'autre, mis en dénégation, qu'une pure question de fait. Or, comment, d'après le Code de procédure, doit-il être procédé à la preuve des faits contestés? Par des titres et par des enquêtes. C'est donc par la production de jugemens rendus, de contrats passés ou d'actes quelconques faits sur les lieux, ou par une enquête proprement dite et devant un commissaire du tribunal même saisi de la question de savoir quel est, sur tel objet, la jurisprudence de tel pays, qu'il doit être procédé à la preuve du point de droit sur lequel les parties ne sont pas d'accord.

C'était même ainsi qu'on avait raisonné dans les premiers temps qui avaient suivi la publication de l'ordonnance de 1667 : et la première idée qui était alors venue à l'esprit des magistrats, avait été, dit le président Bouhier (*Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. 13, n°. 70), « d'ordonner que » les parties feraient preuve, tant par écrit » que par témoins, du fait contesté. Je me » souviens (continue-t-il) d'en avoir vu un ar- » rêt donné en ce parlement (celui de Dijon), » le 24 mars 1668, au rapport de M. Espiard, » entre Henri de la Poipe, Baron de Coursan » en Bresse, contre les habitans de St-Cire, » pour savoir si, dans l'usage de cette provin- » ce, les tailles fixées, ou *admodérées*, comme » ils les appellent, emportaient la main-mor- » te. Je ne doute pas qu'il n'y ait encore eu » depuis des arrêts semblables, quoiqu'ils ne » soient pas venus à ma connaissance ».

Et il est d'autant plus étonnant que l'on se soit ensuite departi de cette forme, pour en venir aux actes de Notoriété, que ceux-ci présentaient encore plus de défectuosités et d'inconvéniens que les enquêtes par turbes ; « car » (dit encore le président Bouhier), outre » que ces enquêtes se faisaient devant un com- » missaire du parlement, on n'y admettait » que des avocats ; au lieu que, dans les actes » de Notoriété, on reçoit aussi de simples pra- » ticiens, dont plusieurs n'ont pas l'intelli- » gence nécessaire pour déposer sur des faits » de cette nature. De plus les turbiers pou- » vaient être reprochés par les parties, et je » ne sais si on serait admis à en faire de même » à l'égard de ceux qui déposent de la Noto- » riete ; du moins je n'ai pas vu agiter cette » question. Enfin, on ne se contentait pas de » recevoir la déclaration des turbiers en » corps ; on les entendait encore séparément, » afin de juger s'ils étaient parfaitement d'ac- » cord les uns avec les autres : précaution ex- » cellente, et qui découvrait souvent que l'at- » testation, laquelle paraissait unanime dans » le rapport de celui qui était chargé de rédi- » ger la déclaration du corps, avait souffert » entr'eux de grandes contradictions dont il » était important que les juges fussent infor- » més. Or, ces différences essentielles font » sentir qu'on pouvait plus sûrement compter » sur la certitude des enquêtes par turbes ; et » je ne m'étonne pas que plusieurs fois les » cours, après avoir ordonné des actes de » Notoriété, n'y aient eu aucun égard, comme » on sait que cela est arrivé, (ainsi que l'at- » testent) Berroyer, *dissertation sur la re-* » *présentation en la coutume des Bourbon-* » *nais*, page 79, et Brillon, *Dictionnaire des* » *arrêts*, au mot *Légitime*, n°. 29. Nous en » avons aussi des exemples domestiques ».

Ainsi, d'une part, le Code de procédure civile a dû abroger l'usage qui s'était établi depuis l'ordonnance de 1667, de prouver les points de droit locaux par des actes de Notoriété que délivraient les juges des lieux ; et de l'autre, il l'a effectivement abrogé par la disposition générale de son art. 1041. Ce n'est donc plus dans cette forme que doivent être faites aujourd'hui ces sortes de preuves ; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour supé-

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Mariage*, §. 7, n°. 1.

rieure de justice de Bruxelles, du 10 mai 1816, qui est rapporté en ces termes dans la *jurisprudence* de cette cour, année 1816, tome 2, page 9 :

« La cour supérieure de Bruxelles était saisie d'une affaire entre la veuve de Thomas Laurent, appelante, et le sieur Dewez, intimé.

» Un arrêt interlocutoire du... avril 1816 admettait la veuve Laurent à la preuve du fait par elle posé que, sous le ressort de la coutume de Namur, c'était une jurisprudence constante, que, dans la succession des fiefs, ceux-ci ne remontaient point, c'est-à-dire, que les ascendans ne succédaient pas aux fiefs laissés par leurs enfans.

» Pour satisfaire à cet interlocutoire, la veuve Laurent a donné avenir à son adversaire, et a conclu à ce qu'il plût à la cour de l'autoriser à se retirer devant le tribunal de première instance de Namur, à l'effet d'y obtenir un acte de notoriété sur le point de coutume dont elle devait rapporter la preuve.

« L'intimé s'est opposé à cette demande, par les motifs repris dans l'arrêt suivant :

» Attendu que le Code de procédure n'a » point consacré, parmi les différens modes » de preuve qu'il établit, l'ancien usage in» troduit en France depuis l'ordonnance de » 1667, de prouver par des actes de notoriété, » tels que celui que l'appellante veut obtenir, » les points de coutume ou d'usage contes» tés ;

» Attendu que l'art. 1041 du Code de pro» cédure abroge, à dater de sa mise à exécu» tion ; toutes lois, coutumes, usages et ré» glemens relatifs à la procédure civile, qui » ne sont pas reproduits par les dispositions » du même Code ;

» La cour, l'avocat général Destoop, pour » le procureur général, entendu, déclare l'ap» pelante non-fondée dans sa demande ten» dante à se retirer devant le tribunal de Na» mur pour en obtenir un acte de Notoriété ; » libre à l'appelante de faire la preuve qui lui » est imposée, pardevant la cour, par tous » moyens de droit ; condamne l'appelante aux » dépens de l'incident ».]]

On a cependant vu le tribunal de première instance de Gueret rendre en audience solennelle, le 5 mars 1824, sur la simple demande d'une partie qui déclarait en avoir besoin dans un procès qu'elle avait devant un autre tribunal, un arrêté par lequel,

« Après avoir entendu M. le procureur du » roi, pris les avis des avocats, celui du pré» sident de la chambre des avoués, et en » avoir délibéré en la chambre du conseil »,

Il a été attesté que « les art. 219 et 242 de » l'ancienne coutume de la province de la » Marche énoncent clairement que la fille » mariée et dotée par ses père et mère, était » forclose de leurs successions et de toutes » autres dans les termes de la représentation; » qu'ils attribuent aux enfans mâles, à l'ex» clusion des autres filles, la portion de celle » forclose desdites hérédités, à la charge par » eux de payer la dot, ou ce qui en restait dû » au décès des constituans; que ces enfans » males étaient saisis de plein droit de la por» tion afférente à la fille ; que l'action en paie» ment de la dot n'appartenait qu'à la fille » forclose ou à ses représentans ; qu'eux seuls » avaient le droit d'exiger le rapport des » quittances, étant uniquement assimilés à un » créancier ; qu'au surplus, les dispositions » des deux articles précités sont si claires, si » précises, qu'elles n'ont jamais fait la ma» tière d'un doute » ;

Déclaré en conséquence « que ces princi» pes ont été constamment reconnus et con» sacrés par les anciens jurisconsultes, la sé» néchaussée, le présidial et les tribunaux qui » les ont successivement remplacés » ;

Et ordonne « que le présent arrêté serait » déposé au greffe de ce tribunal, pour valoir » et servir ce que de raison ».

Mais cet arrêté a été dénoncé à la cour de cassation, de l'ordre exprès de M. le garde des sceaux, ministre de la justice, par un réquisitoire de M. le procureur général ; et il est intervenu, le 14 avril 1824, à la section des requêtes, au rapport de M. Dunoyer, un arrêt par lequel,

« Vu l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an 8, l'art. 10 de la loi du 24 août 1790, l'art. 5 du Code civil et l'art. 1041 du Code de procédure civile ;

» Et attendu que, par l'arrêté en forme d'acte de notoriété, délivré le 5 mars dernier et dont il s'agit, le tribunal civil de Guéret a non-seulement contrevenu à l'art. 1041 du Code de procédure, en faisant revivre l'usage de ces actes qui n'avaient même aucun appui dans la législation ancienne, et que cet art. 1041 avait d'ailleurs formellement abrogé ; mais qu'encore il a interprété ou déterminé le sens de l'art. 219 de la coutume de la Marche, par voie de disposition ou décision générale et sans application à aucune contestation existante entre parties, et soumise au jugement du tribunal : qu'ainsi, il a excédé les bornes de son pouvoir, en faisant ce que nonseulement aucune loi n'autorisait, mais qu'encore celles actuellement en vigueur défendent expressément ;

« La cour, faisant droit sur le réquisitoire du procureur général, annulle, comme contenant excès de pouvoir, l'arrêté en forme d'acte de Notoriété dont il s'agit, délivré par le tribunal civil de Guéret, ledit jour 5 mars dernier. (1) ».

II. On appelle encore *actes de Notoriété*, des actes passés par-devant notaires, par lesquels des témoins suppléent à des actes par écrit.

Les actes de Notoriété de cette espèce ne sont à proprement parler, que des certificats sur un point de fait; ils sont particulièrement en usage dans ce qui concerne la perception et le paiement des rentes sur l'Etat. [[*V.* l'article *Inscription sur le grand-livre.*]]

Autrefois ces sortes d'actes appartenaient à la juridiction ordinaire; mais une déclaration du 28 mai 1706 autorise les notaires au châtelet de Paris à passer tout acte de Notoriété pour le fait des rentes sur l'hôtel de ville de Paris; et l'on a étendu la disposition de cette loi aux notaires des provinces, sans néanmoins leur donner ce droit, à l'exclusion des juges. Aussi voit-on souvent des actes de cette nature, donnés par des cours de justice. (M. Guyot.)*

[[Il est quelquefois besoin d'actes de Notoriété pour parvenir à la célébration d'un Mariage. Les art. 70 et 155 du Code civil n'attribuent qu'aux juges de paix le droit de les délivrer. *V.* l'article *Mariage*, sect. 4, §. 1, nos. 5 et 7.]]

* NOVATION. C'est le changement d'une obligation en une autre.

La matière des Novations, qui, dans notre droit, devrait être entièrement réglée par la raison naturelle, et qui, sous ce point de vue, n'aurait presque point de difficulté, présente néanmoins des questions très-controversées. La plupart de ces doutes proviennent de l'application qu'on y a faite mal à propos des lois romaines, qui, à cet égard comme à tant d'autres, ont des principes purement relatifs à leur système particulier de législation.

Il est donc essentiel, avant de rendre compte des maximes qu'on doit suivre en France sur les Novations, d'exposer en abrégé l'économie des lois romaines sur cet objet. Il en résultera que la plupart des principes qui sont dans le corps de droit, et surtout dans le Digeste, sont inadmissibles en France.

Pour mettre de l'ordre dans cette dicussion, on examinera,

1o. Le système et l'esprit du droit romain sur les Novations;

2o. Les différentes sortes de Novations;

3o. Les obligations qui en sont l'objet;

4o. Les personnes qui les peuvent faire;

5o. La manière dont elles se font;

6o. Leur divers effets.

Une grande partie de ces cinq dernières divisions sera employée à réfuter les erreurs qui se trouvent dans des ouvrages justement estimés d'ailleurs. Mais la science du droit, comme presque toutes les autres, consiste autant dans la réfutation des faux principes, que dans la connaissance des véritables.

§. I. *Examen du système et de l'esprit des lois romaines sur les Novations.*

Pour me faire comprendre, il faut reprendre ici les choses de fort loin.

Plus on comparera les lois des différens peuples, plus on se convaincra qu'il est très-rare d'y trouver les principes du droit naturel bien appliqués à l'etat des hommes, soit qu'ils viennent de se réunir en société, soit qu'ils y soient depuis plusieurs siècles. Ce n'est pas seulement parcequ'il faut être déjà très-éclairé pour suivre les indications de la nature, qui laissent d'ailleurs sur certains objets des indéterminations très-embarrassantes, et qu'un pas d'égarement entraîne bientôt loin de la véritable route; c'est aussi que les circonstances particulieres et cette sorte de hasard qui preside à la formation des sociétés, obligent souvent de s'en écarter, et que les passions des chefs et leurs intérêts mal entendus les engagent à le faire volontairement.

La législation romaine à moins été à l'abri que celle de tout autre peuple, de ces divers inconvéniens; ils ont influé singulièrement sur les lois relatives aux conventions, qui, de toutes les parties du droit, semblent pourtant devoir être celles qui prêtent le moins à l'arbitraire. Or, c'est dans la manière de contracter et de dissoudre les conventions, que les Romains ont pris leurs idées sur la Novation contractuelle.

Des brigands, ramassés du fond du Latium, devaient ignorer presque tout autre art que celui de la rapine et de l'injustice. Si leurs chefs audacieux sentirent la nécessité des lois pour maintenir quelque subordination dans leur association, ils n'avaient ni les lumières propres à leur en donner de bonnes, ni assez de sagesse pour en désirer, ni même de bons modèles dans le gouvernement des cantons voisins. Enfin, le besoin qu'ils avaient de devenir nécessaires pour perpétuer leur autorité, dut les porter à rendre, autant qu'il était

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 26, page 128.

en eux, la législation obscure et pleine de subtilités dont ils se réservaient l'interprétation.

Chez un tel peuple, on ne dut connaître d'abord qu'un petit nombre de contrats : le prêt à usage (*commodatum*), le prêt de consomption (*mutuum*), le dépot et l'engagement (*pignus*). Ces quatre sortes de contrats sont d'un usage si familier dans tous les états de la société, qu'ils devaient être pratiqués avant la formation même des lois, et que c'eût été, pour ainsi dire, attenter à la liberté de la manière la plus criante, que de les astreindre à des formalités gênantes. La tradition des choses qui en étaient les objets, était si facile, elle entrait si nécessairement dans l'idée du contrat, qu'on se contenta de l'exiger, pour en déterminer la perfection et la preuve (1).

Il n en était pas ainsi des autres conventions des hommes ; elles supposent, pour la plupart, un peuple civilisé, et où la monnaie est déjà en usage. Plusieurs concernent des fonds de terre et d'autres choses dont la tradition réelle est impossible ou très-difficile ; d'autres n'acquièrent souvent leur perfection que par de longues opérations, et leur objet est même, à bien des égards, plutot intellectuel que sensible. C'était donc en rendre l'usage presqu'impossible, que de ne pas s'y contenter du simple consentement. Cependant la tradition paraissait tellement nécessaire a la perfection des contrats chez un peuple nouveau (2), que les Romains l'exigeaient aussi dans toutes les autres obligations, qu'ils désignaient sous le nom général de *contrats innommés*.

On n'excepta de cette règle que la vente, le louage, la société et le mandat (3), où l'on se contenta du simple consentement. L'origine et les motifs de cette distinction exigeraient de très-longs détails pour les développer ici ; quant aux autres conventions, lorsqu'elles n'étaient pas suivies de tradition, elles formaient ce qu'on appelait de simples pactes, lesquels obligeaient bien dans le for intérieur, mais ne donnaient contre l'obligé aucune action civile, quoiqu'ils pussent opérer la compensation contre des obligations civiles, et fournir des exceptions dans quelques autres cas. (Loi 7, §. 4, D. *de pactis* ; lois 10, 21 et 28, C. *eod. tit*) ;

Cependant la nécessité de rendre les simples conventions obligatoires, dut se faire sentir bientot. Il eût été plus sûr sans doute d'en écrire les clauses, afin d'éviter les incertitudes qui résultaient du peu de mémoire, du défaut d'intelligence, de la mauvaise foi, de l'éloignement et de la mort des témoins ; mais les premiers Romains étaient un peuple trop grossier, pour que l'écriture y fût d'un grand usage.

Aussi le droit romain ne connut-il, même dans les derniers temps, de convention rendue valable par l'écriture, que les billets pour prêt d'argent, qu'on appelait exclusivement obligations par écrit (*litterarum obligationes*). Encore parurent ils si opposés à l'ancienne maxime de la nécessité de la tradition pour la validité du prêt, que l'obligé pouvait, durant deux ans, nier la dette, en rejetant sur le créancier la preuve du prêt, au moyen de l'exception *non numeratæ pecuniæ*. (Inst. *de litterarum obligationibus*).

Il fallut donc s'en tenir à la preuve par témoins, qu'on tacha de rendre plus assurée par un appareil propre à frapper les sens. Les praticiens inventèrent diverses formules pour les actes les plus importans de la société ; ils y joignirent souvent des solennités religieuses, dont l'observation était requise à peine de nullité. Les contractans y trouvaient leur sûreté, parceque ce moyen donnait une véritable authenticité à leurs conventions. La vente simulée et solennelle, connue sous le non de *mancipation* ou sous d'autres termes, devint surtout d'un usage fréquent dans les contrats, même les plus étrangers à la vente. On faisait ainsi les mariages, les émancipations, les adoptions, les testamens, et une quantité d'autres actes qui n'avaient d'ailleurs aucun rapport entre eux (1). Les anciens, dit fort bien Grœvina, dans ses *Origines juris*, aliénaient la propriété des choses par un acte de vente simulée, accompagnée de cérémonies usitées, et ils contractaient presque toutes les obligations de cette manière.

Les formalités de ces ventes simulées et des autres actes avaient été diversifiées jusqu'à l'infini par l'artifice des praticiens, qui en étaient à la fois les auteurs, les dépositaires et les juges. Elles étaient devenues nécessaires, au moins dans bien des cas, pour les contrats mêmes où, comme dans la vente, le simple consentement était réputé suffisant, suivant le droit général ; et les formules variaient suivant les différentes sortes de biens qui étaient les objets du même contrat. On peut voir des détails curieux à ce sujet dans les règles d'Ulpien, titre *de dominio et acquisitione rerum*.

(1) Inst. *quib. modis re contrahitur obligatio.*
(2) Inst. *de obligationibus.*
(3) Inst. *de verborum obligationibus.*

(1) *V. Antiquitates B. Brissonii*, et *Calvini Lexicon*, aux mots *Coemptio*, *Emancipatio*, *Arrogatio*, *Testamentum*, etc.

Plusieurs de ces formules, qu'on appelait par cette raison *actions de la loi*, exigeaient la présence du magistrat, comme on l'exigeait autrefois parmi nous aux actes par-devant notaires, qui devaient être scellés du sceau du juge du lieu, pour attester son assistance. D'autres pouvaient être passés hors la présence du magistrat, en y observant d'ailleurs des formalités tout aussi rigoureuses : on les nommait *actes légitimes*. Mais les premières de ces opérations et la plupart des dernières n'étaient susceptibles ni de condition ni de terme; le tuteur, le curateur, le fondé de procuration, ne pouvaient s'engager de cette manière.

Tant d'obstacles, tant de variétés dans la manière de contracter les obligations, mettaient nécessairement beaucoup d'embarras dans le commerce, et tendaient sans cesse des pièges à la bonne foi. Les praticiens même n'eurent plus tant d'intérêt à conserver toutes ces pratiques, quand les formules en eurent été divulguées à différentes époques. On avait commencé par légitimer, soit par des lois précises, soit par la jurisprudence (*jure prætorio*), certains pactes, tels que ceux de la dot, des donations, de l'hypothèque (*1*), et plusieurs autres, que Vinnius a recueillis dans le chapitre 4 de son traité *de pactis*.

Pour rendre la réforme plus générale, on inventa les obligations verbales, et surtout la stipulation (2).

Cette sorte d'obligation pouvait s'étendre à toutes les conventions imaginables, et on lui donnait telle cause qu'on jugeait à propos. La forme en était on ne peut plus simple. Celui envers qui l'on s'obligeait, interrogeait l'autre contractant en cette sorte : *vous engagez vous de me donner* ou *de me faire telle chose*, en ajoutant telle cause qu'il jugeait à propos à l'obligation. Celui qui voulait s'obliger, répondait simplement : *je m'y engage*. Ce peu de mots suffisait pour constituer la stipulation pure et simple ; mais on pouvait y insérer telle condition, tel terme qu'on jugeait à propos. On pouvait même s'engager en cette sorte pour autrui, et de la manière la plus indéterminée, par exemple, pour tout ce qu'il devait, et c'était la seule manière dont les cautionnemens pouvaient être faits. On faisait de même engager civilement celui qui n'était obligé que naturellement (1)

On concevra facilement, d'après cela, comment se sont formées les règles du droit romain sur les Novations. C'était un principe général à toutes les obligations, qu'elles se dissolvaient de la même manière dont elles avaient été contractées. A l'exception donc du petit nombre des obligations qui se contractaient par le consentement, aucune d'elles ne pouvait être remise en cette sorte ; sans quoi, l'on eût donné aux pactes une force que la loi leur refusait.

Quand les stipulations furent introduites, on imagina une manière de faire la remise de ces sortes d'obligations, par la formule qu'on appelait *acceptilation*. C'était une espèce de stipulation, par laquelle le débiteur demandait au créancier *s'il tenait pour reçu ce à quoi il était obligé envers lui*, et le créancier répondait : *je le tiens pour reçu*. Mais cette formule, qui était un acte légitime, en avait tous les inconvéniens : elle n'était donc susceptible, ni de terme, ni de condition ; elle ne pouvait être mise en usage par le tuteur, le curateur et le fondé de procuration ; enfin, on ne pouvait éteindre de cette manière les obligations qui avaient été contractées autrement que par la stipulation. (*V.* le §. 1, Inst. *quib. modis tollitur obligatio*, et le titre du Digeste *de acceptilationibus*).

Un jurisconsulte célèbre par plusieurs autres découvertes, nommé C. Aquilius Gallus, trouva le moyen de parer à tous ces inconvéniens par une double stipulation, qu'on appela par cette raison *stipulation* ou *acceptilation aquilienne*. Ce moyen consistait à convertir l'obligation qu'on voulait éteindre par l'acceptilation, en stipulation de la manière suivante. Demande : *Ce que vous me devez à titre de prêt* (ou à tout autre titre), *vous engagez-vous à me le payer?* Réponse : *Je m'y engage*. Cette stipulation était ensuite détruite immédiatement par l'acceptilation, conçue dans la forme ordinaire. (§. 2, Inst. *quibus modis tollitur obligatio*).

L'usage et la forme de la Novation se sont établis à peu près de la même manière dans le droit romain. Suivant l'ancien droit, une obligation ne pouvait être altérée ou modifiée, qu'en la détruisant de la même manière dont elle avait été contractée, c'est-à-dire, pour presque tous les contrats, par la tradition

(1) Loi 6, D. *de dote promissâ*; loi 35, C. *de donationibus*; loi 17, §. 2, D. *de pactis*.

(2) Suivant les Instituts même, *pr. de verb. oblig.*, et la loi 27, C. *de pactis*, la stipulation a été inventée pour rendre valables les promesses des hommes, attendu que la simple promesse ne donnait pas d'action dans le droit romain. La loi 3, C. *de rerum permutatione*, dit que la promesse de faire un échange ne peut valoir qu'autant qu'on s'est assuré une action, en y joignant la stipulation.

(1) *V.* la note précédente, et tout le titre des Instituts *de verborum obligationibus*.

réelle, ou par une tradition fictive, telle que la mancipation. Après quoi, on la renouvelait dans la forme qui convenait pour les modifications qu'on y voulait mettre.

La stipulation seule, qui était susceptible de termes, de conditions, de telles modifications qu'on jugeait à propos, et qui convenait à toutes sortes d'obligations, soit naturelles, soit civiles, allait à tous les buts qu'on se proposait dans la Novation. Lors donc qu'on voulait ajouter un terme, une condition, une peine, une clause nouvelle à un contrat, lorsqu'on voulait y supprimer quelque chose, on faisait engager verbalement le débiteur à faire ou à donner telle ou telle chose, dans tel délai, sous telle ou telle condition, au lieu de l'obligation qu'il avait contractée antérieurement. (§. 3, Inst. *eod. tit*).

Cette obligation antérieure était réputée comme non avenue; car chaque espèce d'obligation donnant, dans le droit romain, une action qui lui était analogue, celui qui était créancier en vertu de la stipulation, ne pouvait agir qu'en vertu de cette cause seule (Loi 9, D. *de Novationibus*). D'ailleurs la stipulation produisant une de ces actions qu'on appelait de droit étroit (*stricti juris*), et dans lesquelles le juge était astreint à suivre, de la manière la plus littérale, la convention qui était l'objet du procès, sans pouvoir s'en écarter, même sous prétexte d'équité (loi 99, *D. de verborum obligationibus*, et §. 30, Inst. *de actionibus*), on ne pouvait plus argumenter de l'obligation qui avait été modifiée par stipulation; il fallait condamner l'obligé à remplir à la lettre ce à quoi il s'était engagé par cet acte, sans plus s'occuper de la première obligation.

Il y avait néanmoins une autre sorte de Novation, que les commentateurs du droit romain ont appelée *nécessaire*, et qu'on nommerait mieux *judiciaire*, laquelle avait lieu dans les jugemens, soit par la contestation en cause formée entre le créancier et le débiteur qu'on lui avait délégué, soit par le jugement rendu entre le créancier et le débiteur, qui, au moyen de la condamnation, était désormais tenu par l'action du jugement, *actione judicati*. (Loi 3, C. *de Novationibus*; loi 11, §. 1, D. *eod. tit*).

Cette Novation opérait bien quelque changement dans les droits des parties : par exemple, elle avait l'effet de rendre perpétuelle, c'est-à-dire, de proroger jusqu'à trente ans l'action à temps (*actio temporalis*), dont la durée était bornée à un moindre nombre d'années, et de faire passer contre les héritiers de l'obligé, l'action pénale qui lui était purement personnelle en vertu de la simple obligation. (Loi 6, §. dernier, D. *de re judicatâ*; loi 26, D. *de obligationibus et actionibus*; §. 1, Inst. *de perpetuis et temporalibus actionibus*). Mais cette espèce de Novation ne détruisait point l'obligation qui avait été l'objet du procès, quoiqu'elle y ajoutât quelque chose; ce qui prouve bien que les principes sur les Novations, que l'on trouve dans le droit romain, étaient, suivant les Romains mêmes, une suite de leurs lois civiles, et non pas une conséquence des maximes du droit naturel sur les Novations.

Hors le cas de la Novation judiciaire, sur laquelle il serait inutile de s'étendre, parce qu'on n'a point songé à en appliquer les principes à nos mœurs, il ne pouvait jamais y avoir de changement dans une obligation encore subsistante. Lorsque les mêmes parties, et, à plus forte raison des tiers, contractaient une nouvelle obligation, la première était absolument éteinte, s'il paraissait que les parties eussent eu l'intention de faire une Novation, et si la seconde obligation avait été contractée par la stipulation, autrement, les deux obligations subsistaient, quelque rapport qu'elles pussent avoir l'une avec l'autre (1). Mais, sous prétexte qu'il était assez souvent difficile de juger du dessein des contractans par les circonstances, l'empereur Justinien ordonna, en 530, qu'à l'avenir on pourrait faire tel changement qu'on jugerait à propos dans les obligations, soit en y ajoutant, soit en y diminuant, sans qu'il y eût de Novation. Il décida même qu'on ne pourrait admettre de Novations qu'autant que les parties contractantes auraient fait remise de la précédente obligation, en déclarant expressément qu'elles préféraient la dernière à la première : *Novationum nocentia corrigentes volumina, et veteris juris ambiguitates resecantes, sancimus : si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit ex quo veteris juris conditores introducebant Novationes; nihil penitùs priori cautelæ innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter quidem*

(1) La loi 1, D. *de novationibus*, dit qu'il y a Novation, *cùm ex præcedenti causâ ita nova constituitur, ut prior dirimatur.* La loi suivante ajoute : *Novatio ita demum fit, si hoc agatur ut fiat Novatio; cæterùm si non hoc agatur, duæ erunt obligationes.*

remiserint obligationem, et hoc expresserint quòd secundam magis pro anterioribus elegerint; et generaliter definimus voluntate solùm esse, non lege, novandum: et si non verbis exprimatur, ut sine Novatione causa procedat. Hoc enim naturalibus esse rebus volumus et non verbis extrinsecùs supervenire. (Loi dernière, C. *de Novationibus*).

D'après la forme simple, suivant laquelle on contracte parmi nous les obligations, il est clair que presque toutes les lois sur les Novations, qui sont antérieures à la constitution de Justinien, ne sont pas plus admissibles dans notre droit, que celles qui concernent la forme des stipulations, des actes légitimes, des actions de la loi, et toutes les différences que le droit romain avait mises entre les simples pactes ou conventions, et les obligations réelles, verbales, consensuelles et littéraires, auxquelles les principes du corps du droit sur les Novations se rapportent si évidemment. La constitution même de Justinien, si contraire à l'esprit du droit romain, ne s'observe pas à la rigueur, comme on le verra ci-après §. 4.

§. II. *Des différentes sortes de Novations.*

Cujas, suivi dans ce point par presque tous nos jurisconsultes français, a distingué, dans ses paratitles sur le Code, quatre sortes de Novations volontaires ou contractuelles.

La première a lieu, lorsque les mêmes parties changent le titre ou l'état d'une obligation précédente; par exemple, quand vous vous engagez à me devoir à titre de depot, ce que vous me deviez à titre de prêt.

La seconde espèce se fait par l'intervention d'un nouveau débiteur: lors, par exemple, qu'un tiers, que je n'ai point délégué à mon créancier, et qui n'est point mon débiteur, se charge d'acquitter mon obligation envers mon créancier, qui le reçoit pour son débiteur, et me tient quitte, par cette raison, de mon obligation.

Il ne faut pas confondre cette sorte de Novation avec l'obligation solidaire ou le cautionnement, qui ne détruisent point l'obligation du débiteur originaire.

La troisième espèce est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau creancier, lorsqu'un debiteur, pour demeurer quitte envers son créancier, s'oblige, par l'ordre de ce créancier, envers un tiers à qui ce créancier ne devait rien.

La quatrième espece de Novation, qui est ce qu'on appelle *délégation*, se fait aussi par le changement de debiteur, lorsque, pour m'acquitter de l'obligation que j'avais contractee envers vous, je vous delegue une autre personne pour être votre debiteur en ma place. Comme la personne deléguée est presque toujours debitrice du déléguant, cette sorte de Novation en contient ordinairement deux, puisqu'elle innove la dette du deléguant et celle du delegué.

[[Mais cette quatrième espèce de novation rentre évidemment dans les deux précédentes. Aussi le Code civil ne distingue-t-il que trois sortes de Novations. Voici ses termes:

« *Art.* 1271. La Novation s'opère de trois manières: 1°. lorsque le debiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est eteinte; 2°. lorsqu'un nouveau debiteur est substitué à l'ancien, qui est decharge par ce créancier; 3°. lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le debiteur se trouve dechargé.

» 1274. La Novation par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier debiteur ».]]

On a parlé des *délégations* dans un article particulier, on ne s'en occupera donc point ici. On observera seulement qu'il peut y avoir d'autres especes de Novations, composées des précédentes. Mais toutes ces divisions ne sont guère utiles dans l'usage.

En général, on doit distinguer parmi nous deux sortes de Novations: l'une *parfaite*, qui est assez rare, et qui détruit tellement la premiere obligation, qu'elle est regardee comme non-avenue; l'autre *imparfaite*, qui, sans anéantir la premiere obligation, en altère les clauses, et la modifie en diverses manières. Il suit de là que la distinction des Novations, en Novations volontaires ou contractuelles, et en Novations nécessaires ou judiciaires, n'est point absolument étrangère à nos mœurs; car les jugemens modifient souvent les obligations en diverses manieres: ils y ajoutent, par exemple, des intérêts, des hypothèques, des delais, qui n'étaient pas dans l'obligation primitive. Ces modifications et plusieurs autres semblables forment, comme on le voit, une Novation imparfaite, quoique nos maximes sur les Novations judiciaires soient très-différentes de celles du droit romain (1).

(1) [[*V.* le plaidoyer du 29 mars 1809, rapporté au mot *Réunion*, §. 1.]]

§. III. *Des obligations qui peuvent être l'objet de la Novation.*

Toutes sortes d'obligations peuvent être l'objet de la Novation, n'importe qu'elles soient calquées sur les règles du droit civil, ou qu'elles tirent seulement leur force du droit naturel. Nos principes sont ici d'accord, à peu de choses pres, avec ceux du droit romain. Ainsi, lorsqu'une obligation est anéantie civilement par quelque prescription que ce soit, elle peut néanmoins servir de base à un nouvel engagement civil qu'on y substitue par la Novation, parceque la prescription, en éteignant l'action civile, n'ote point l'obligation naturelle qui résulterait du premier engagement.

Remarquez néanmoins que les dettes qui sont rejetées par la loi civile, par rapport à la défaveur de leur origine, ou à cause du défaut d'habileté de la personne qui les a contractées, ne peuvent être rendues valables au moyen de la Novation, tant que ces mêmes vices subsistent encore. Par exemple, un cabaretier ne pourrait pas valider une créance telle que celle qui est rejetée par l'art. 128 de la coutume de Paris, en faisant le lendemain une Novation dans son cabaret (1). Une femme, tant qu'elle est sous l'autorité de son mari, ne peut pas valider, par la Novation, un engagement qu'elle aurait contracté sans son autorisation, hors le cas permis par nos lois.

Suivant la loi 8, §. 1, D. *de Novationibus*, « lorsqu'on a fait promettre le paiement d'un » legs ou d'un fidéicommis, afin de faire Nova» tion, la Novation n'aura lieu qu'autant que » le legs ou le fidéicommis aura été laissé » sans condition, soit qu'il y ait un terme ap» posé au paiement, soit qu'il n'y en ait point. » Mais si le legs a été laissé sans condition, il » n'y aura Novation qu'autant *et lors seule» ment que la condition arrivera*. Il n'en se» rait pas ainsi du terme du paiement, parce» que ce terme devant certainement arriver » un jour, la Novation a lieu dès le moment » de la stipulation ».

La partie de cette loi qui a rapport au terme du paiement, est incontestable. Pothier (*Traité des obligations*, n°. 550) en a aussi adopté la partie qui est relative aux conditions, et il décide en conséquence généralement « que, si la dette dont on veut » faire Novation par un autre engagement, » est une dette conditionnelle, la Novation ne » peut avoir lieu *que lorsque la condition » existera;* en sorte que, si la condition vient » à manquer, il n'y aura point de Novation, » parcequ'il n'y aura point eu de première » dette à laquelle la nouvelle ait pu être subs» tituée ».

Le même auteur veut qu'on suive la même règle dans le cas inverse, « lorsque la pre» mière dette ne dépend d'aucune condition, » mais que le second engagement par lequel » on a voulu faire Novation de cette première » dette, dépend d'une condition ». Basnage et plusieurs autres auteurs sont du même avis.

Il me paraît que ces décisions, assez conséquentes aux principes du droit romain sur les stipulations et sur les donations testamentaires, ne doivent point être admises parmi nous, lors surtout qu'il s'agit de la Novation d'un droit qui ne résulte point d'une donation testamentaire. A Rome même, l'accomplissement de la condition avait du moins un effet rétroactif au temps de la stipulation ou de tel autre engagement qui la contenait, quand il n'était pas question d'une donation testamentaire. (Lois 18 et 144, D. *de regulis juris;* loi 5, §. 1, D. *quandò dies legati cedat.* A plus forte raison, rien n'empêche-t-il parmi nous qu'on ne puisse échanger efficacement un droit ou une créance éventuelle, contre une créance assurée ou *vice versâ*. Cela peut se faire et se fait tous les jours en compensant l'incertitude de la créance conditionnelle, par la *moins-value* de la créance assurée.

On ne dira pas sans doute que, dans l'hypothèse où la condition n'arriverait point, il n'y aurait point de Novation dans toute la rigueur des termes, mais un contrat aléatoire, qui donnerait un droit assuré au créancier qui l'a faite.

Ce ne serait là qu'une dispute de mots peu convenable à la nature du droit français : il faut donc ici, comme ailleurs, rechercher avec soin quelle a été l'intention des parties, et voir si elles ont entendu substituer un engagement pur et simple à l'engagement conditionnel, ou n'y en substituer qu'un autre conditionnel comme le premier.

§. IV. *Des personnes qui peuvent faire Novation*

« Le consentement que donne le créancier à la Novation de la dette (dit Pothier, *Traité des obligations*, n°. 553), étant quelque chose d'équipollent, quant à l'extinction de la dette, au paiement qui lui en serait fait, il suit qu'il n'y a que ceux à qui on peut payer valablement, qui puissent faire Novation de la dette. Donc, par la même raison qu'on ne peut

(1) [[Erreur. V. l'article *Prescription*, sect. 2, §. 1, n°. 1.]]

payer valablement à un mineur, à une femme non autorisée de son mari, à un interdit, on doit décider que ces personnes ne peuvent faire Novation de ce qui leur est dû. (Loi 3, loi 20, §. 1, D. *de Novationibus*).

» *Vice versâ*, celui à qui on peut payer une dette, peut ordinairement faire Novation : *cui rectè solvitur, is etiam novare potest*. (Loi 10, D. *eod. tit.*

» Il suit de là qu'un créancier solidaire peut faire Novation. Ainsi le décide Venulejus (Loi 31, §. 1, D. *de Novationibus et delegationibus*), dont la décision me paraît devoir être suivie, quoique Paul soit d'un sentiment contraire. (Loi 27, D. *de pactis*). Les interprètes ont fait de vains efforts pour les concilier. *V.* Wissembach sur le titre *de Novationibus*, n°. 18.

» Pareillement un tuteur, un curateur, un mari, peuvent faire Novation (loi 20, §. 1, loi dernière, §. 1, D. *eod. tit.*) : un fondé de procuration générale du créancier le peut aussi ; celui qui n'a qu'un pouvoir particulier pour recevoir des débiteurs, ne le peut, parceque son pouvoir étant borné à recevoir, *non debet egredi fines mandati*. Il en est de même de ceux qu'on appelle *adjecti solutionis gratiâ* : ils ne peuvent faire Novation (loi 10, D. *de solutionibus*), quoiqu'on puisse leur payer valablement ».

Quelque respect que l'auteur de cet article conserve pour Pothier, il a appris de lui à ne point *jurer sur la parole de son maître* ; il pense donc que plusieurs de ces décisions, et le fondement sur lequel elles sont appuyées, ne sont point sûrs. Voici le principe qu'il y voudrait substituer : *Puisque la Novation est la substitution d'une dette à une autre, il faut, pour la rendre valable civilement, que le créancier ait la capacité de remettre l'obligation que la Novation doit détruire, et que le débiteur, de son côté, soit habile à contracter la nouvelle obligation qu'on y substitue, ou du moins que le créancier et le débiteur aient un caractère qui les autorise à faire les changemens par lesquels la nouvelle obligation diffère de la première.*

Ce principe simple et sans exception [[dans le sens duquel doit être entendu l'art. 1272 du Code civil, quand il dit que « la Novation » ne peut s'opérer qu'entre personnes capa- » bles de contracter »]], est la clef de toutes les questions sur cette matière.

Il explique pourquoi les fondés de procuration spéciale, et ceux qui sont indiqués pour recevoir le paiement (*adjecti solutionis gratiâ*), ne peuvent faire Novation.

Il en résulte encore que les mineurs, les interdits et les femmes mariées, qui ne peuvent innover dans les cas ordinaires, le peuvent néanmoins quelquefois, lorsque l'obligation qu'ils contractent par la Novation, est de la nature de celles qu'ils peuvent contracter; par exemple, la femme, pour tirer son mari d'esclavage suivant l'ordonnance de la marine, liv. 3, tit. 6, art. 12 et 13, les mineurs et les interdits, lorsqu'ils rendent leur condition meilleure. La loi 3, D. *de Novationibus*, citée par Pothier même, le décide ainsi pour les interdits.

Par la même raison, les tuteurs, les curateurs, les maris, les fondés de procuration ne peuvent faire de Novation, qu'autant que la nouvelle créance, ou du moins les changemens qu'ils veulent faire dans l'ancienne, n'excèdent pas les pouvoirs qu'ils tiennent, ou de la loi, ou de leur mandat. Ainsi, un tuteur, un curateur, peuvent bien rendre la condition de leur pupille meilleure par la Novation, mais ils ne peuvent l'empirer de cette manière, même pour les obligations dont ils ont le droit de recevoir seuls le paiement. C'est encore la décision expresse de la loi 20, D. *de Novationibus*, pareillement citée par Pothier, et de la loi dernière, §. 1, au même titre.

De même enfin, un fondé de procuration générale peut bien faire les Novations qui sont conformes à une sage administration, et qui ne font aucun changement essentiel dans les droits de son constituant. Mais comme il ne pourrait pas former une demande en rescision, ou y acquiescer, transiger, vendre et faire tous les autres actes qui emporteraient aliénation d'immeubles ou la perte des droits de celui qui l'a constitué, il ne peut pas davantage faire des Novations qui auraient le même effet, convertir, par exemple, une vente d'immeubles non exécutée, ou toute autre obligation immobilière, en une simple créance mobilière. Bien loin qu'un fondé de procuration générale puisse faire toutes sortes de Novations indéfiniment, il ne peut pas même faire la plupart des Novations imparfaites, comme changer l'hypothèque d'une créance, et en réduire ou éteindre les intérêts (1). Lors donc que Pomponius, dans la loi 20, D. *de Novationibus*, décide qu'un procureur *omnium bonorum* peut innover, il y a lieu de croire qu'il a seulement voulu indiquer que ce caractère n'était pas un obstacle à la validité de la Novation dans la forme, comme c'en était un à la validité de l'acceptilation et de tous les autres

(1) [[Il ne sera pas inutile de rapprocher de ceci le §. 18 de l'article *Acquiescement* dans mon *Recueil de Questions de droit*.]]

actes légitimes; mais non pas qu'un pareil procureur pût faire toutes sortes de Novations, puisque tant de lois romaines décident que le procureur ne peut jamais empirer le sort de son constituant sans sa participation. (Loi 3, *pr. et* §. 2; loi 5, D. *mandati*, §. 8, Instit. *eod. tit*).

Ces exemples nous conduisent pareillement à la fameuse question de la validité des Novations faites par un des créanciers solidaires.

Les auteurs modernes l'ont diversement résolue; mais la plupart désavouent l'argument tiré par Pothier, du paiement à la Novation. Claude de Ferrière, qui, sur toutes les questions précédentes, est du même avis que lui, a néanmoins, sur cette dernière, suivi l'opinion contraire: il l'a présentée, avec beaucoup de force, dans sa conférence du Code, tit. 40. On ne peut se dispenser de transcrire ici une partie de ce qu'il a dit sur cette question, parcequ'il en a fort bien exposé les difficultés à l'occasion d'une autre question qui y a beaucoup de rapport.

« On demande (dit-il) si le pacte réel fait par un ou plusieurs banquiers associés, avec le débiteur, ne nuit point aux autres banquiers ses associés. Cette question est décidée par la loi 25, *in principio*, D. *de pactis*, en ces termes: *Si unus ex argentariis sociis cùm debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Nerotins, Atigilinus, Proculus nec si in rem pactus sit* (1), *alteri noceret; tantùm enim constitutum ut solidum alter petere possit: idem Labeo, nam nec novare alium posse, quamvis ei rectè solvatur. Sic enim et his qui in nostrâ potestate sunt, rectè solvi quod crediderint, licet novare non possint, quod est verum; idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

» Le jurisconsulte Paul dit dans cette loi, que le pacte, quoique réel, fait par un de plusieurs banquiers, ne nuit point aux autres banquiers ses associés... ... et, comme dit fort bien Cujas, *non licet nobis, statim ita argumentari: uni ex argentariis solidum solvi potest, ergò et pacisci unus potest de solido; tantùm enim abest ut valeat argumentum à solutione ad pactum, ut nec valeat semperà solutione ad Novationes cæterasque liberationes legitimas. Nam interdum is cui solvi potest, novare atque adeò pacisci non potest, ut objectus solutionis gratiâ cui debitorem meum jussi solvere et qui est in meâ potestate.....*

» La raison de cette loi est que la nature de la société veut qu'un des associés ou des créanciers solidaires d'une même dette, puisse exiger ou recevoir le paiement de toute la dette, étant solidairement due à chacun des associés; de sorte néanmoins que le débiteur soit chargé envers tous ses créanciers pour cette dette, par le paiement qu'il en aurait fait à un d'entr'eux: mais la nature de la société ne veut pas qu'un des associés puisse remettre à un débiteur commun la dette qu'il doit à la société et à tous les associés; car le pacte *de non petendo* n'est pas une espèce de non paiement; il n'y a aucune raison qui puisse permettre à un associé de faire un tel pacte sans le consentement de ses associés (1) ».

Ferrière passe ensuite à la Novation faite par un de plusieurs créanciers solidaires. Il réfute, d'après le président Favre, une interprétation vicieuse que Cujas a donnée aux derniers termes de la loi, pour concilier le sentiment de Paul avec celui de Venuleïus; puis il continue ainsi:

» C'est pourquoi Favre, sur cette loi et dans le livre 11 de ses *Conjectures*, dit que ces deux jurisconsultes ne sont pas du même sentiment, et qu'il faut suivre le sentiment du jurisconsulte Paul en cette loi *Si unus*. La raison en est que la Novation est un acte volontaire qui n'est point semblable et qu'on ne peut justement comparer à la *solution*; car on ne peut pas dire que ce soit ni une vraie ni une forme de solution (loi pén. D. *de solutionibus*); et elle n'a de rapport avec la solution, que parcequ'elle détruit entièrement l'obligation de même que la solution: mais d'ailleurs, parcequ'elle ne décharge pas tellement le débiteur qu'il ne demeure obligé par le moyen de la nouvelle obligation en laquelle l'ancienne est changée; c'est pour cela qu'on ne peut dire que ce n'est pas une solution, et qu'elle n'est pas semblable à la solution.

» On objecte qu'un des banquiers associés peut éteindre l'obligation du débiteur par acceptilation, ou déférer le serment au débiteur, et dissoudre par ce moyen la dette à la-

(1) On appelle *pactum in rem*, le pacte par lequel on s'engage, dans les termes les plus généraux, à ne rien demander: et *pactum in personam*, celui par lequel on promet seulement de ne rien demander à la personne.

(1) [[Le Code civil confirme expressément cette doctrine: « il est (dit-il, art. 1198) au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier. ».]]

quelle il était obligé (loi 15 §. *ult.* D. *de acceptilationibus*: loi 26, *pr. et* §. *ex duobus*, D. *de jurejurando*); et partant, il semble qu'il puisse faire aussi Novation de l'obligation.

» On repond que la Novation est bien différente de l'acceptilation et du serment; car celui qui peut recevoir le paiement, peut aussi en decharger le débiteur par acceptilation, laquelle est une espèce de solution; car celui dont on a tenu la dette pour reçue, est censé l'avoir payée; en sorte qu'il ne peut plus être contraint d'en faire le paiement (loi *Julianus* D., *de conditionibus et demonstrationibus*), d'autant que l'acceptilation détruit entierement l'obligation, de même que le serment déféré et prêté contre l'obligation de celui qui l'a déféré. La raison est que, n'y ayant qu'une dette et un débiteur, il n'est pas possible qu'il soit chargé de l'obligation à l'égard de l'un et qu'à l'égard de l'autre il en suit déchargé, et que la même dette subsiste et soit éteinte; de plus, puisqu'un des créanciers peut exiger toute la dette, il n'est pas absurde qu'il puisse déferer le serment au débiteur, puisque déferer le serment regarde la demande de la dette, lorsqu'on ne la peut pas prouver autrement (loi 35, D. *de jurejurando*): et on ne peut pas dire que le serment prêté n'ait le même effet que la solution, puisqu'il empêche que celui qui l'a déféré, ait aucune action pour poursuivre la dette dont le debiteur s'est déchargé par son serment (loi 9, D. *eod tit.*): car il a le même effet que la chose jugée. (Loi 28, D. *hoc tit.*)».

Un grand nombre d'auteurs ont essayé, comme Cujas, de concilier les sentimens de Paul et de Venulejus; mais personne ne paraît y avoir mieux reussi que Perez, dans ses *Prælectiones ad codicem*, liv. 8, tit. 40.

« Le dessein de Paul (dit-il) n'a point été d'enseigner qu'un des créanciers solidaires ou des banquiers ne peut faire Novation; mais il a voulu montrer que l'on ne pouvait pas conclure de ce que l'un des banquiers avait le droit de demander la totalité de la dette, qu'il pût faire le pacte de ne rien demander; il rapporte, pour le prouver, l'autorite de Labeon, qui decide qu'il y a plusieurs personnes qui ne peuvent innover, quoiqu'on puisse leur payer valablement, tels que sont les fils de famille; d'où il suit que l'argument suivant n'est pas juste : *On peut payer la totalité d'une dette à l'un des banquiers; donc il pourra faire le pacte de ne pas demander la dette aux préjudice de son compagnon.*

» Paul n'a donc pas agité la question de savoir si l'un des banquiers ou de plusieurs créanciers solidaires pouvait innover valablement; son objet principal est d'examiner la question élevée par ses prédécesseurs, sur les effets que le pacte fait par un des banquiers ou des créanciers solidaires a contre les autres banquiers ou creanciers solidaires; comme il décide que ce pacte ne peut pas nuire aux associés, on aurait pu croire qu'il aurait nui à ceux qui ne seraient pas associés; mais il est plus sûr de tenir indistinctement qu'il ne peut jamais leur nuire, *parceque ce pacte ne tient point lieu de paiement, et ne détruit pas l'obligation de plein droit.* Car, quand on dit que la Novation ou l'acceptilation faite par l'un des créanciers solidaires, nuit aux autres, les jurisconsultes Ulpien et Venulejus en indiquent cette raison, que l'acceptilation de la Novation ressemble au paiement; ce qui est encore confirmé par la loi 93, D. *de solutionibus*. La loi 27, sur les Novations dont il s'agit ici, ne doit donc pas embarrasser. Paul y suppose des banquiers qui sont associés par necessité, parceque les banquiers ne peuvent guere avoir une caisse commune (*mensas habere communes*), sans etre associés. Aussi, ce qu'il avait dit des banquiers associés, il le répète ensuite des creanciers solidaires, sans distinguer s'ils sont associés ou non. Quelque justes que soient ces maximes, on ne manque pas de textes où le même jurisconsulte Paul assure que le fait (1) de l'un des creanciers solidaires nuit à l'autre, s'il est son associé. On en trouve un dans la loi 34, D. *de arbitris*..... et un autre dans la loi 5, D. *si quis caut. in jud. sisti*..... Mais dans l'une ni l'autre de ces lois il n'est pas question d'un pacte...., mais *du fait* de l'un des associés, qui peut nuire à son associé, quoique *le pacte* ne le puisse pas ».

Si l'on rappelle, en effet, les principes du droit romain sur la nature des pactes, qui, sans donner une action civile contre celui qui s'était engagé naturellement de cette maniere, fournissaient néanmoins une exception et un moyen de compensation à celui envers qui l'engagement

---

(1) On a traduit très-fidèlement tout ce passage de Perès, en omettant seulement les détails qu'il donne sur les deux dernières lois qu'il a citées; mais on a cru devoir lire ici dans le texte *factum* au lieu de *pactum*: autrement, Perès serait en contradiction avec lui-même. Voici en effet le texte latin de Perès, suivant l'édition des Elzévirs : *Verumtamen licet hæc vera sint, non desunt alia ejusdem Pauli loca, quibus asseritur* pactum *unius correi alteri nocere præsertim socio. Unum est in* l. 34, D. de arbitris ... *alterum in* l. 5, pr. D. si quis caut. in jud. sisti ... *at in neutro loco tractatur* de pacto..... *utrobique enim* factum *versatur*, *non* pactum. *Hoc socio non nocet, illud nocet.*

avait été ainsi contracté, on concevra que le jurisconsulte Paul, sans être d'un avis contraire à Venulejus, sur la validité de la Novation faite par un créancier solidaire, a pu soutenir, que le pacte de ne pas demander la dette, fait par un des banquiers associés, ou des créanciers solidaires, ne devait pas nuire à l'autre, la compensation et l'exception résultantes du pacte ne pouvant être opposée qu'à celui avec qui l'on a ainsi contracté.

Quoi qu'il en soit de ces vaines subtilités du droit romain, dont on se serait bien moins occupé, si tous nos auteurs ne les citaient pas comme leurs principaux motifs de décision, on croit qu'il faut parmi nous chercher la solution de toutes ces difficultés, dans le caractère que les associés ou les créanciers solidaires ont entre eux, et à l'égard des étrangers avec qui ils peuvent contracter. Si, outre le droit de recevoir seul la dette, l'un des associés ou des créanciers avait celui de la faire tourner exclusivement à son profit, comme c'est le cas le plus ordinaire dans ces sortes de créances, il serait déraisonnable de lui disputer la faculté d'innover. Lors donc, par exemple, qu'on a fait un legs mobilier *à la Charité* ou *à l'Hôtel-Dieu de Paris*, ce qui rend ces deux hôpitaux créanciers solidaires du legs, rien ne pourrait empêcher que l'un des deux ne consentît à recevoir de l'héritier un des effets que les gens de main-morte peuvent légitimement acquérir, et qu'il n'anéantit, par cet arrangement, l'action que l'autre hôpital aurait pu avoir contre cet héritier.

Il en est de même de la plupart des associés, qui peuvent contracter également au nom de toute la société, et l'engager par leur signature.

Mais si par le contrat de société, l'un des associés est seulement autorisé à recevoir ce qui est dû à la société, tandis que les autres ont eu le pouvoir de recevoir et d'engager la société tout à la fois, la Novation ne pourrait valoir qu'autant qu'elle serait faite par ces derniers, parceque, suivant le principe qu'on a posé ci dessus, c'est la faculté de contracter qui peut autoriser à faire Novation. La faculté de recevoir ne suffit pas pour cela. Les passages de Pothier, de Ferrière, de Cujas et de Peréz, qu'on vient de citer, montrent que nos jurisconsultes modernes et ceux de Rome même, dont on a recueilli les décisions pour former les Pandectes, ont senti confusément cette insuffisance.

§. V. *De la manière dont se fait la Novation; et des cas où elle a lieu.*

On a déjà dit, dans les paragraphes précédens, tout ce qu'il importe de savoir sur les Novations nécessaires qui se font en jugement; il ne s'agit donc ici que de la Novation contractuelle.

Au moyen de ce que les lois romaines, sur les stipulations, ne s'observent en rien parmi nous, on doit tenir que la Novation peut se faire par quelque acte et de quelque manière que ce soit, pourvu que les parties contractantes aient constaté la preuve de leur volonté dans la forme que nos lois ont prescrite pour les différens contrats.

Mais la constitution de Justinien sur la nécessité d'une expression spéciale pour faire Novation, s'observe-t-elle au moins aujourd'hui?

Il semble que ce soit l'avis de Domat, *Lois civiles*, liv. 4, tit. 3, sect. 1, où il dit avec Justinien, que les changemens faits par les contractans dans une première obligation, ne font pas de Novation, parcequ'ils n'éteignent pas la première dette, *à moins qu'il fût dit expressément qu'elle demeurerait nulle.*

Bretonnier, en ses additions sur Henrys, tome 2, liv 4, quest 44, assure que la disposition du dernier droit est suivie dans tous les pays de droit écrit.

« A l'égard (dit-il) de ceux du ressort du parlement de Paris, j'ai écrit dans un procès de Lyon, où cela a été ainsi jugé par un arrêt rendu en la grand'chambre des grands commissaires, au rapport de M. Le Meusnier, le 23 avril 1698..... Au parlement de Toulouse, l'on suit aussi la disposition du dernier droit, suivant le témoignage de Despeisses, tit. 1, page 731, col. 2, n°. 2: il ne cite point, à la vérité, d'arrêt; mais Catelan, liv. 5, chap. 48, en cite un du mois de juin 1666, rendu à son rapport, qui l'a ainsi jugé.... La même jurisprudence est suivie au parlement de Guyenne et de Provence, suivant le témoignage de La Peyrère, lettre N, n°. 48, et l'auteur des *Questions notables des maximes du parlement de Provence*, page 485.

» A l'égard des pays de coutume, l'usage, à Paris, est de faire réserve des anciennes hypothèques, et les praticiens prétendent que, sans cette réserve, il y aurait Novation; mais je crois que c'est une erreur. En effet, Mornac, sur la loi *solutum* 11, *D. de pignoratitiâ actione*, cite un arrêt du 21 avril 1598, rendu à l'audience de la grand'chambre, par lequel il a été jugé qu'il faut suivre la disposition de la loi dernière, au Code *de Novationibus*; et sur la loi dernière *de pactis*, il dit qu'il n'y a personne au palais qui ne soit de ce sentiment: *ut nemo hodiè in foro versatus contrarium sentiat.* Dumoulin, *de usu-*

ris, quest. 15, soutient que l'hypothèque d'une obligation convertie en un contrat de constitution de rente, remonte au jour de l'obligation, quoique dans le contrat de rente, il n'y eût aucune réserve d'hypothèque. Louet et son commentateur, lettre N, chap. 7, rapportent des arrêts qui l'ont ainsi jugé. Loyseau, dans son *Traité du Déguerpissement*, liv. 6, chap. 7, n°. 8, dit que cette clause, *sans innover ni préjudicier à l'hypotheque*, est superflue, *quia Novatio permittit hypothecam*. Cependant le plus sûr est de prendre la précaution de réserver les anciennes hypotheques ».

Les chartes génerales de Hainaut disent formellement, chap. 114, art. 2, qu'une dette ou action ne sera tenue pour innovee, si les parties ne l'ont ainsi expressement declare.

Stockmans, professeur à Louvain, et célèbre magistrat du Brabant, est d'un avis contraire dans sa decision 147, où il a traité la question *ex professo*. Après avoir sévèrement repris la légèreté de Justinien à changer les lois, il soutient que sa constitution a été rejetée dans l'usage, comme peu conforme aux mœurs des hommes.

« Quoi donc (dit-il)! N'y aura-t-il pas Novation, si je stipule vingt écus au lieu de dix, ou si vous vous engagez à me rendre, à titre de prêt, ce que vous me devez à titre de dépôt? Je sais que des auteurs ont cru que cette loi n'excluait pas les conjectures et les présomptions pressantes, et qu'il faut entendre la nécessité de l'expression qu'exige Justinien, d'une expression qui résulte des choses mêmes ou des faits : mais si c'est là tout ce que Justinien a prétendu, à quoi bon faire une loi nouvelle pour cela, quand l'ancienne jurisprudence l'enseignait ainsi? Ce n'est donc qu'un faux-fuyant imaginé par les partisans du nouveau droit, qui n'ont pu se dissimuler qu'il ne s'observait pas en ce point.

» Charondas, au liv. 7 de *ses Réponses*, chap. 47; et Automne, *dans sa Conférence* sur cette loi, assurent qu'elle est abrogée en France, et nous jugeons journellement suivant le droit ancien. En voici un exemple. Un fonds avait été vendu une première fois 10,000 livres. Deux ans après, on fit un nouvel acte de vente pour 8000 livres, à cause de différentes difficultés qui s'étaient élevées lors de la tradition du fonds, et du défaut de contenance dans la quantité du terrain. Nous ne balançâmes pas à croire qu'on s'était dén[illegible] premier contrat, et qu'il n'était dû au ven[illegible] que 8000 livres, parcequ'on avait fait la remise du surplus, attendu le défaut de mesure, bien que les parties n'eussent point exprimé qu'elles faisaient Novation ».

On voit que cet auteur n'a saisi ni l'objet de la contestation, ni celui de la question. Il ne s'agit point de savoir s'il y a eu une dérogation quelconque au premier contrat dans les exemples qu'il cite : la loi de Justinien le déclare elle-même; mais la difficulté est de décider si la Novation est parfaite, en sorte qu'on ne puisse plus argumenter du premier contrat, ni pour l'hypothèque ni pour rien de ce qui y était contenu, lors même que le second ne contient pas de dérogation expresse à cet égard, suivant la pratique de l'ancien droit, qui n'admettait pas de changement dans les obligations subsistantes.

Il paraît de même que la plupart des auteurs cités par Bretonnier, et les arrêts qu'il allègue, ont seulement voulu que la Novation de l'hypothèque ne se présumât pas facilement, mais non pas qu'il fallût, pour opérer la Novation, que cette expression et la remise de la première obligation se trouvassent nommément dans la seconde.

Il suffit parmi nous que, *de quelque manière que ce soit, la volonté de faire Novation paraisse si évidente, qu'elle ne puisse être révoquée en doute*. C'est le sentiment de Basnage, *Traité des Hypothèques*, part. 1, chap. 17; de d'Argentrée, sur l'art. 447 de l'ancienne coutume de Bretagne; de Deghewiet, dans ses *Institutions du Droit belgique*, part. 2, tit. 6, §. 3, art. 4, où il cite plusieurs autres auteurs; et de Pothier, *Traité des Obligations*, n°. 559.

[[C'est aussi la décision expresse du Code civil. « La Novation (porte-t-il, art. 1273) » ne se présume point; il faut que la volonté » de l'opérer résulte clairement de l'acte ».]]

Voici l'exemple qu'en donne le dernier des auteurs cités. En qualité de créancier de Pierre, j'ai fait obliger Jacques, son débiteur, à me payer ma créance, et j'ai déclaré, dans l'acte qui contient cette obligation, que *je veux bien m'en contenter pour faire plaisir à Pierre*. On doit décider, dans cette espèce, qu'il y a Novation, parceque les termes dont je me suis servi declarent suffisamment que j'ai voulu décharger Pierre, quoique l'acte ne fasse pas une mention expresse de la Novation.

Mais si, dans la même espèce, avant fait une saisie-arrêt sur Jacques, je l'ai fait obliger envers moi, sans ajouter dans l'acte rien qui annonçât mon intention de décharger Pierre, je ne serai point censé avoir fait de Novation, et Jacques sera simplement censé avoir accédé à l'obligation de Pierre, qui demeure toujours mon obligé, quoique je n'aie reservé ni la première obligation, ni l'hypo-

thèque primitive. C'est ce qui a été jugé par l'arrêt du parlement de Toulouse du mois de juin 1666, cité par Bretonnier, d'après Catelan.

De même, si le créancier et le débiteur font entre eux quelques changemens à une première obligation, soit en y ajoutant une hypothèque, une caution ou autre sûreté, ou en les ôtant, soit en augmentant ou diminuant la dette, ou en donnant un terme plus long ou plus court, ou en la rendant conditionnelle, si elle était pure et simple, ou pure et simple, si elle était conditionnelle, tous ces changemens ne font que déroger à l'ancienne obligation pour ce qui est exprimé, sans faire une Novation parfaite, qui s'étende aux objets dont le dernier acte ne fait pas mention. Tel est l'avis de Despeisses. part. 4. tit. 15, n°. 2, qui condamne le sentiment contraire de Chalondas et d'Automne, allégue ci-dessus par Stockmans.

Tous les arrêts connus sur cette matière, confirment les maximes qu'on vient d'établir. Celui du 23 avril 1698, cité par Bretonnier, a seulement jugé, de son aveu, qu'un fils *n'avait point innové les hypothèques qu'il avait sur les biens de son père pour la répétition de la dot de sa mère, quoique, dans les actes qu'il avait passés avec son père, il n'eût fait aucune réserve de ses anciennes hypothèques*.

Au contraire, un arrêt du parlement de Grenoble, du 19 juin 1545, rapporte par Basset, tome 1, liv. 4, tit. 14, chap. 2, a jugé qu'une transaction, où il n'y avait point de réserve d'hypothèques, emportait Novation, sans doute parceque les droits antérieurs des parties n'étant pas reconnus, elles ne pouvaient argumenter que du dernier titre.

Basset ne donne, à la vérité, ni l'espèce, ni les motifs de cet arrêt; mais au tome 2, liv. 6, tit. 4, chap. 2, il en rapporte un autre du 6 mars 1671, qui a jugé qu'une transaction n'innovait point, quoiqu'il n'y eût pas de réserve d'hypothèques, parceque l'acte portait que le créancier ne s'était départi de ses prétentions, que *moyennant* ce qui lui était assuré par la transaction. « Les mouvemens de » l'arrêt (dit Basset) furent que ces termes, *et » moyennant ce*, emportent condition, ou la » cause de l'acte sans laquelle condition on » n'aurait contracté; de sorte que le stipu» lant ne s'étant départi que moyennant ce » qu'on lui promettait, n'a été jugé avoir » abandonné ses anciennes hypothèques, ains » se les avoir réservées; *conditio enim illa » habet effectum retroactivum*. La Novation » devant être faite expressément, on ne la » doit présumer autrement par aucuns termes » qui peuvent souffrir de contraires interpré» tations ».

Boniface, tome 2, liv. 4, tit. 14, chap. 2, rapporte un arrêt conforme du parlement de Provence, du 14 février 1667.

Cependant, suivant Rousseaud de Lacombe et Denisart, au mot *Novation*, un arrêt du 5 avril 1737, a jugé « qu'un marchand ayant » pris une obligation sans réserve, d'un autre » marchand à qui il avait vendu des marchan» dises, il y a Novation; et que les juges con» suls sont incompetens d'en connaître, quoi» que le défendeur eût procédé volontaire» ment devant eux. Pareil arrêt du 9 mars » 1736 (1) ».

En est-il de même lorsque, par une convention faite entre le créancier et le débiteur d'une somme d'argent, le débiteur a constitué une rente à son créancier pour la somme qu'il lui devait? Y a-t-il nécessairement Novation en ce cas?

Pothier, qui a discuté cette question avec beaucoup de soin, dans son *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 2, art 4. §. 4. adopte l'affirmative. Voici les raisons sur lesquelles il se fonde.

« Il est (dit il) de l'essence d'un contrat de constitution de rente, qui est un contrat réel, que celui qui constitue la rente, reçoive le prix de la constitution....; et il ne peut être censé le recevoir que par la quittance qu'on lui donne en paiement de la rente qu'il constitue...

» On ne peut pas dire que le principal de la rente qui est constituée, est l'ancienne créance qui continue de subsister sous une nouvelle modification de principal de rente, au lieu de créance exigible qu'elle était; car, outre qu'elle a été éteinte par la constitution de rente, comme nous venons de le faire voir, c'est que la créance d'une rente est proprement la créance des arrerages qui courront à perpétuité jusqu'au rachat, plutot que du principal, qui, ne pouvant pas être exigé, n'est pas proprement dû, et est *in facultate luitionis, magis quàm in obligatione*.

» Ces raisons paraissent concluantes....... quand même il serait porté expressément par l'acte, que les parties n'ont pas entendu faire aucune Novation: car une protestation ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte; c'est pourquoi cette clause me pa-

(1) [[Mais sur ces arrêts, *V.* le plaidoyer du 20 frimaire an 13, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Tribunal de commerce*, §. 6.]]

rait ne pouvoir avoir d'autre effet que d'empêcher l'extinction des hypothèques de l'ancienne dette, et de les transférer à la nouvelle, comme cela se peut, suivant la loi 12, §. 5, D. *qui potiores in pignoribus* ».

Brodeau, sur Louet, est néanmoins d'un avis contraire: « Et suivant ce (dit il), jugé » par arrêt... du 4 janvier 1609, qu'une rente » de 50 livres ayant été constituée par contrat » du 11 avril 1595, pour demeurer quitte de la » somme de 600 livres, contenue en une obli- » gation du 19 avril 1554, le créancier avait » hypothèque sur les biens du débiteur, non- » seulement pour le principal, mais aussi pour » les arrérages, du jour de l'obligation ».

On cite encore quatre autres arrêts semblables; le premier, du 10 mai 1633, rapporté par Bardet; le second, du quatre janvier 1697 cité par Perchambault, sur la très-ancienne coutume le Bretagne, tit. 11, § 13; et les deux autres, des 23 avril 1683 et 6 septembre 1712, rapportes l'un au tome second du *Journal du Palais*, et l'autre au tome ti du *Journal des Audiences*: tous ces arrêts ont condamné des débiteurs solidaires à payer la somme portée par le contrat originaire, ou à passer contrat de constitution, comme l'avait fait l'un de leurs co-débiteurs, sans s'arrêter à la Novation qu'on prétendait faire résulter de ce contrat de constitution

Mais, Pothier prétend que, dans celui du 23 avril 1683, les moyens respectifs des parties, qui sont rapportes au Journal, ne touchent pas au point de la décision de la cause. « La raison décisive (dit il) pour laquelle Sablon (co-débiteur solidaire) a été condamné » par cet arrêt à payer ou à passer contrat de » constitution, me paraît être que Ligondez » (l'autre débiteur solidaire) ayant passé con- » trat, tant en son nom, que se faisant fort » de Sablon, et par conséquent le creancier » n'ayant consenti à la conversion de sa créance » de 6000 livres en un contrat de constitution, » que sous la condition que le contrat serait » passé par ses deux débiteurs; la conversion » de la créance en un contrat de constitution, » la Novation et l'extinction de cette créance » qui devait en résulter, dépendaient de cette » condition: c'est pourquoi le refus de Sablon » de passer le contrat, faisant manquer la con- » dition, il n'y avait point de Novation; la » créance subsistait, et Sablon a été bien con- » damné par l'arrêt, à payer ».

Pothier convient qu'il ignore les motifs de décider du dernier arrêt, dans l'espèce duquel il n'y avait pas le même engagement de la part du débiteur qui avait constitué la rente; mais comme le créancier avait inséré dans l'acte de constitution, que c'était *sans préjudice à la solidité*, Pothier pense qu'on pourrait dire, pour sauver les principes, que l'arrêt a seulement jugé que, par la clause de réserve de solidité, le créancier était censé avoir apposé à la conversion de sa créance en un contrat de constitution de rente, cette condition, que tous les débiteurs solidaires de cette dette accéderaient au contrat de constitution.

On pourrait invoquer, pour cette interprétation, l'arrêt du dernier d'avril 1602, rapporté par Louet, duquel on rendra compte dans le paragraphe suivant.

Cependant l'opinion contraire est la plus universellement reçue. On peut donner pour raison, que le contrat de constitution contient une créance alternative, ou des arrérages de la rente, ou du sort principal, puisque la faculté d'amortir y est essentiellement inhérente, et que, lors du décret des biens hypothéqués à la rente, le créancier peut exiger le capital; d'où il suit que la Novatiton est subordonnée au paiement des arrérages, et que, dans le fait, cette Novation n'a lieu, à l'égard des co-obligés, qu'autant qu'ils le veulent bien, puisqu'ils peuvent s'acquitter comme auparavant par le paiement de la dette originaire.

Il n'en est pas ainsi des cautions ou fidéjusseurs, à l'égard desquels une pareille conversion ferait nécessairement Novation, et donnerait lieu à leur décharge, comme on le verra dans le paragraphe suivant.

[[Y a-t il Novation dans un contrat de vente, lorsqu'en vertu d'une clause expresse de ce contrat, l'acquéreur fournit au vendeur des lettres de change ou des billets à ordre pour le montant du prix?

Le sieur Henri, marchand de bois, s'était rendu adjudicataire d'une coupe de bois appartenant à l'état, sous la condition d'en payer le prix en quatre termes égaux, et de fournir, à cet effet, quatre traites rédigées et acceptées dans la forme déterminée par une instruction circulaire de l'administration des domaines, du 13 nivose an 13.

Les quatre traites avaient été fournies conformément au cahier des charges, et le sieur Henri avait en outre donné pour caution le sieur Chuquet, et pour vérificateur de caution le sieur Duval.

A défaut de paiement de la quatrième de ces traites, et plus de cinq ans après son échéance, l'administration des domaines fait constater l'insolvabilité des sieurs Henri et Chuquet, et décerne une contrainte sur Duval.

Le sieur Duval y forme opposition, et sou-

tient qu'aux termes de l'art. 21 du tit. 5 de l'ordonnance du mois de mars 1673, la traite est prescrite.

Le 29 juin 1808, jugement qui rejette cette exception, et condamne le sieur Duval.

Sur l'appel, arrêt de la cour d'Amiens qui, « attendu que le prix de l'adjudication a été » soldé par les traites, et que la traite dont » il s'agit est éteinte par la prescription », dit qu'il a été mal jugé, et décharge le sieur Duval de la contrainte.

Mais l'administration des domaines se pourvoit en cassation; et par arrêt du 19 août 1811, au rapport de M. Cassaigne,

« Vu l'art. 1271 du Code civil et l'art. 21 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673;

» Attendu que, suivant le premier de ces articles, la Novation d'une dette ne s'opère, par un nouvel engagement du débiteur envers son créancier, qu'autant que, dans l'intention des parties, l'ancienne obligation est éteinte au moyen de la nouvelle qui lui est substituée; que rien n'indique dans la convention des parties, que la dette resultant de l'adjudication du 5 brumaire an 9, ait été éteinte au moyen des traites dont il s'agit; qu'il résulte au contraire des clauses de cet acte et des termes de celle de ces traites qui fait le sujet du procès, qu'elles ont été faites uniquement pour accéder à l'adjudication et pour en procurer et faciliter le paiement;

» Attendu d'ailleurs que la prescription établie sur l'art. 21 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, étant limitée aux lettres et billets de change, ne peut être étendue à des billets d'une autre nature; que la traite dont il s'agit, n'est ni une lettre ni un billet de change, mais un billet d'une espèce différente; d'où il résulte que la cour d'appel a fait une fausse application des lois ci-dessus citées, en déclarant le prix de la vente de l'adjudication soldé par les traites, et ces traites éteintes par la prescription, et en rejetant, par suite la demande de la régie;

» La cour casse et annulle..... ».]]

§. VI. *Des effets de la Novation.*

Il faut encore distinguer ici la Novation parfaite de la Novation imparfaite.

La Novation parfaite éteint tous les accessoires de l'ancienne dette, tant à l'égard du débiteur et de ses co obligés, qu'à l'égard du créancier. Elle ne laisse donc plus subsister, ni les termes ni les hypothèques, ni les contraintes, ni les intérêts; à moins que la seconde obligation ne fasse une réserve expresse de quelques uns de ces accessoires, et alors la Novation n'est à cet égard qu'une Novation imparfaite.

Quant aux conditions, voyez ce qui a été dit à la fin du §. 3.

[[Voici quelles sont là-dessus les dispositions du Code civil :

« Art. 1278. Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que les créanciers ne les aient expressément réservés.

» 1279. Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.

» 1280. Lorsque la Novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être reservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette.

» 1281. Par la Novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les co débiteurs sont libérés.

» La Novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des co-débiteurs, ou dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les co-débiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement ».]]

Au surplus, comme la Novation parfaite n'est admise entre les parties contractantes, qu'autant qu'on ne peut pas interpréter différemment les termes du dernier contrat, la réserve des hypothèques se présume facilement entre elles. On en trouve un exemple remarquable dans l'arrêt du dernier d'avril 1602, rapporté par Louet, lettre N, §. 7, dans les termes suivans :

« En l'an 1583, de La Grange contracte par échange.

En 1592, il se passe un autre contrat entre les contractans, par lequel ils prennent d'autres rentes, *et moyennant ce, le contrat demeure nul et de nul effet et valeur.*

» La Grange, en 1598, est évincé de ce qui lui avait été baillé par le contrat de 1592; il a son recours sur les biens du débiteur. Savoir s'il aura hypothèque de l'année 1583 de son premier contrat, ou seulement de celui de 1592. La raison de douter était que *discessum erat à primo contractu;* il y avait Novation assez expresse par ces mots, *le contrat demeure nul;* que la minute du contrat avait été déchargée sans aucune stipulation de l'ancienne hypothèque, qui était, par ce moyen éteinte par la résolution volontaire du premier contrat, suivant la loi *aliam, D. de Novationibus.*

» Jugé, au contraire, que telle résolution

de contrat était conditionnée, pourvu que le dernier contrat pût réussir; que ce mot *moyennant* le montrait assez.... ; qu'en effet *eadem causa debendi remanet* ; qu'il ne fallait pas tant considérer ces mots *de nul effet et valeur*, que le mot précédent, et *moyennant ce*, qui montre la cause de la résolution ».

La Novation imparfaite n'a, au contraire, d'autre effet que d'opérer les changemens qui sont expressement mentionnés dans la dernière obligation, ou du moins ceux à l'egard desquels la volonté des parties contractantes ne peut être douteuse. Tout le surplus est censé subsister dans son premier état, parcequ'on ne doit pas présumer sans cause que personne renonce à ses droits.

Mais cela n'a lieu qu'entre ceux qui sont parties au contrat qui contient la Novation; car, lorsqu'un débiteur innove, même imparfaitement, la Novation est parfaite à l'egard de ses co-débiteurs, et surtout de ses cautions, qui sont libérées de plein droit, pour peu que les changemens faits par la dernière obligation, leur fassent préjudice.

Ainsi, quoique les arrêts cités à la fin du §. précedent, aient jugé que les co-debiteurs solidaires n'etaient point déchargés par la conversion d'une créance mobilière en une rente constituee faite avec l'un des co-obligés, parceque ce changement ne leur préjudiciait en rien, on observe le contraire en faveur des cautions, sans doute parceque le bénéfice de discussion dont elles jouissent, est inconciliable avec le contrat de constitution fait entre le creancier et le débiteur principal Cela a été ainsi jugé au parlement de Normandie, par arrêts des 29 mars 1661 et 1er juillet 1677; et au parlement de Bourgogne, par arrêts des 28 novembre 1623 et 17 mai 1624, suivant Basnage, *Traité des hypothèques*, part. 2, chap. 6, et Taisand, tit. 4, art. 3, nº. 9.

Rousseaud de Lacombe, au mot *Caution*, est, à la vérité, d'un avis contraire. Il cite Mornac et les arrêts des 10 mai 1633 et 13 avril 1683. Maison a vu dans le §. precedent que ces arrêts avaient été rendus, non contre des cautions, mais contre des debiteurs solidaires, et même dans des espèces où le créancier avait fait des réserves. C'est avec aussi peu de fondement que cet auteur cite Basnage, pour cette opinion, en l'accusant de contradiction en ce point.

Dans le cas, au contraire, où le créancier d'une rente constituee en a simplement consenti la reduction, pour empêcher le rachat de la rente, la caution ne peut pas prétendre que cette réduction forme une Novation qui opère sa décharge; et le créancier peut toujours agir contre elle à défaut de paiement de la part du débiteur principal: c'est la décision de l'art. 132 du celebre réglement du parlement de Normandie, fait en 1666, et connu sous le nom de *Placités*. On l'a ainsi jugé depuis à l'audience de la grand'chambre du parlement de Rouen, le 19 mai 1672. L'arrêt rapporte par Basnage, à la fin de la première partie de son *Traité des Hypothèques*, déclara l'execution faite contre la caution, bonne et valable, *sauf le recours contre le principal obligé*. C'est aussi l'avis de l'additionnaire de Lange, liv. 2, chap. 4.

Cependant Denisart, qui soutient aussi avec Mornac, que la constitution de rente faite par le principal obligé, n'opère pas la libération de sa caution, dit immédiatement après, que le parlement de Paris « a jugé, par arrêt rendu » le 6 mai 1687, sur les conclusions de M. l'a» vocat général de Lamoignon, que le créan» cier qui consent la réduction d'une rente » pour eviter le remboursement, donne lieu » à la Novation à l'égard du garant ».

L'on a douté si le nouveau terme accordé volontairement au débiteur principal par le créancier, décharge la caution.

Vinnius, dans ses *quæstiones selectæ, lib. 2, cap. 42*, Basnage, *Traité des Hypothèques*, part. 2, chap. 7, et Pothier, *Traité des Obligations*, nº. 406, tiennent la négative. « La simple prorogation de terme accor» dée par le créancier au debiteur (dit ce der» nier jurisconsulte), ne faisant pas paraitre la » dette acquittée, n'ote pas à la caution le » moyen de pourvoir à son indemnite et d'a» gir contre le debiteur principal, si on s'a» perçoit que sa fortune commence à se dé» ranger, *si bona dilapidare cœperit*, loi 10, » C. *mandati*. Elle ne peut donc pas préten» dre que cette prorogation de terme accordée » au debiteur, lui fasse tort, puisqu'au con» traire elle-même en profite ».

L'art. 191 de la coutume de Bretagne dit en effet: « Quand le creancier fait nouveau con» trat avec son detteur, le pledge non appelé, » ledit pledge ne sera plus obligé; mais si le» dit creancier prolongeait seulement le terme » au detteur, le pledge ne serait pour ce dé» charge et quitte de la plevine, sinon que, » pendant ladite prolongation, le detteur fût » demeuré insolvable ».

Deux arrêts, l'un de l'année 1587, rapporté par Charondas dans ses *Réponses*, liv. 12, chap 215, l'autre, de l'annee 1558, recueillis par Papon, liv. 10, tit. 4, nº. 33, l'ont ainsi jugé.

Bouvot, tome 2, au mot *Detteur*, quest. 8. cite, au contraire, un arrêt du parlement de

Bourgogne, du 2 août 1696, qui a jugé que le nouveau terme accordé par le créancier au débiteur principal, opérait une Novation au profit du fidéjusseur.

On a proposé une distinction. Si l'obligation est pure et simple, et ne contient aucun terme pour le paiement, le délai donné par le créancier, ne décharge point les cautions; mais si l'obligation contient un terme, le créancier qui le proroge sans le consentement des cautions, les décharge malgré lui de leur cautionnement.

Telle est la décision d'Argou, liv. 4, chap. 1, qui cite Ranchin sur Guypape, quest. 117, et Heurengius, *de fideicommissis*, chap. 20, §. 3. C'est aussi l'opinion adoptée dans l'*Instruction sur les Conventions*, liv. 3, tit. 15, §. 8, où l'on cite d'autres autorités.

On peut dire néanmoins dans les deux cas, que le créancier a contrevenu volontairement à ses obligations envers la caution, en s'ôtant la faculté de contraindre, au temps où il l'aurait pu, le débiteur principal. On pourrait aussi se déterminer sur les circonstances particulières du fait, et décider, par exemple, qu'il n'y a point de Novation quand le créancier, en donnant un terme, n'a fait qu'un acte de prudence et de bonne administration, qui tendait à lui procurer, après l'expiration du terme, un paiement que le débiteur n'aurait pu faire lors de la prorogation du terme. Mais il faut avouer que ce système si équitable en apparence, a l'inconvénient de prêter beaucoup à l'arbitraire.

[[Le Code civil décide indistinctement, art. 2039, que « la simple prorogation de terme » accordée par le créancier au débiteur prin» cipal, ne décharge point la caution, qui » peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour » le forcer au paiement ».

Mais cette disposition n'est pas applicable à la prorogation de terme qu'accorderait le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, à celui qui doit en faire le paiement à une époque fixe. La raison en est qu'à défaut de paiement à cette époque, le porteur est tenu, sous peine de déchéance de tout recours contre ses garans, de faire les diligences dont il est parlé au mot *Protêt;* et c'est ce que la cour de cassation a jugé le 21 mars 1808, au rapport de M. Cochard, en prononçant le rejet de la demande des sieurs Cabarrus et Bechade, en cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, rejet qu'elle a ainsi motivé:

« Attendu que la Novation résultait de plein droit de la concession d'un nouveau délai pour acquitter le montant de ladite traite, faite par les porteurs à l'accepteur, en l'absence et à l'insu du tireur;

» D'où il suit qu'en le jugeant ainsi, la cour d'appel de Paris n'a pu contrevenir à aucune loi ».]]

Les remises faites au débiteur en faillite, par le créancier, profitent-elles aussi à la caution?

D'Héricourt pense que l'affirmative ne peut souffrir de difficulté en aucun cas. « Cette » remise (dit-il) emportant l'extinction de la » dette, la caution est déchargée par rapport » à cette partie, et l'hypothèque ne subsiste » plus que par rapport à la partie de la dette » dont le créancier s'est réservé de se faire » payer; ce qui doit avoir lieu même dans le » cas de contrat d'atermoiement: car quoi» que la remise qui se fait en ce cas au débi» teur ne soit point toujours absolument vo» lontaire, et que le créancier soit toujours » obligé de suivre la loi du plus grand nombre » des créanciers, elle opère l'extinction d'une » partie de la dette, décharge par ce moyen » la caution et ses biens d'une partie de la » dette, jusqu'à concurrence de la remise ».

Goujet en rapporte un arrêt prononcé en robes rouges, le 14 avril 1609.

Cette opinion n'est pas néanmoins reçue généralement. Les arrêtés de Lamoignon, titre *de l'Extinction des Hypothèques*, art. 13, y sont contraires. L'auteur estimable de l'*Instruction sur les Conventions*, qui est d'ailleurs du même avis que d'Héricourt contre les créanciers même qui refusent d'accéder au contrat de remise, convient que, dans ce dernier cas, il y a des arrêts récens contraires aux anciens.

On ne peut s'empêcher de dire que cette dernière jurisprudence est la plus conforme aux règles. L'objet du cautionnement est de prévenir les risques qu'on court avec le débiteur principal; et cet objet serait trop souvent éludé par les contrats de remise et d'atermoiement, si l'effet s'en étendait aux cautions, lors même que le créancier n'a point accédé au contrat de remise. On a beau dire dans l'*Instruction sur les Conventions*, qu'il résulterait de là un circuit d'actions et de recours; que les cautions étant obligées de payer, reviendraient contre le débiteur, et que, n'ayant point fait de remise, elles pourraient le poursuivre: la créance qui résulte du droit de garantie de la part des cautions, a dû être comprise avec toutes les autres dans le contrat d'atermoiement. Il est plus naturel de faire supporter les pertes qui résultent de l'insolvabilité du débiteur, à ceux qui ont garanti sa solvabilité à un tiers, qu'à celui qui n'a voulu contracter que sur la foi de cette ga-

rantie. Un arrêt du parlement de Grenoble, du 22 mai 1680, rapporté au *Journal du Palais*, l'a ainsi jugé. (M. GARRAN DE COULON.)*

* NOVELLES. Constitutions de quelques empereurs romains, qui ont été ainsi appelées, parcequ'elles étaient postérieures aux lois qu'ils avaient publiées.

Elles ont été faites pour suppléer ce qui n'avait pas été prévu par les lois précédentes, et quelquefois pour réformer l'ancien droit en tout ou en partie.

Quoique les Novelles de Justinien soient les plus connues, et que, quand on parle de Novelles simplement, on entende celles de cet empereur, il n'est pourtant pas le premier qui ait donné le nom de Novelles à ses constitutions; il y en a quelques-unes de Théodose et Valentinien, de Martien, de Léon et de Majorien, de Sévère et d'Anthemius, qui ont aussi été appelées Novelles. Mais les Novelles des empereurs qui ont précédé Justinien, n'eurent plus l'autorité de loi, après la rédaction et compilation du droit par l'ordre de cet empereur, d'autant que, dans le titre *de confirmatione digestorum*, il ordonna que toutes les lois et ordonnances qui ne se trouveraient pas comprises dans les volumes du Droit publiés de son autorité, n'auraient aucune force; il défendit même aux avocats et à tous autres de les citer, et aux juges d'y avoir égard.

Cependant ces Novelles ne sont pas entièrement inutiles; car le Code Justinien ayant été composé principalement des constitutions du Code Théodosien et des Novelles de quelques empereurs qui avaient précédé Justinien, on voit, par la lecture du Code Théodosien, de ces Novelles, et du Code Justinien, ce que Tribonien, qui a fait la compilation de ce dernier Code, a pris de ces Novelles, ce qu'il en a retranché, et comme il en a divisé et tronqué plusieurs; ce qui sert beaucoup pour l'intelligence de certaines lois du Code.

Les Novelles de Justinien composent la quatrieme et dernière partie du droit civil; elles sont adressées, ou à quelques officiers, ou à des archevêques et évêques, ou aux citoyens de Constantinople: elles avaient toutes la même force, d'autant que, dans celles qui sont adressées à des particuliers, il leur est accordé de les faire publier et de les faire observer selon leur forme et teneur.

On n'est pas bien d'accord sur le nombre des Novelles de Justinien; quelques-uns, comme Irnerus, n'en comptent que quatre-vingt-dix-huit; cependant on en trouve cent vingt-huit dans l'abrégé qu'en fit Julien. Haloander et Scrimger en ont publié cent soixante-cinq, et Denis Godefroi y en a encore ajouté trois; ce qui ferait cent soixante-huit. Le moine Mathieu prétend que Justinien en a fait cent soixante-dix; mais il est certain que, dans ce nombre, il y en a plusieurs qui ne sont pas de Justinien, telles que les Novelles 140, 144, 148 et 149, qui sont de l'empereur Justin; et 161, 163 et 164, qui sont de l'empereur Tibère II.

L'incertitude qu'il y a sur le nombre des Novelles de Justinien, peut venir de ce que l'on a confondu plusieurs Novelles ensemble, ou bien de ce que plusieurs de ces constitutions ayant rapport à des choses qui n'étaient plus d'usage en Europe, on négligea de les enseigner dans les écoles. Les glossateurs n'expliquèrent aussi que celles qui étaient d'usage; au moyen de quoi, les autres furent omises dans plusieurs éditions.

Après le décès de Justinien, qui arriva, selon l'opinion commune, l'an de J. C. 566, de son âge 82, et de son empire 39, une partie de ses Novelles, qui étaient dispersées, de côté et d'autre, furent recueillies et rédigées dans un même volume, en langue grecque; et quelque temps après elles furent traduites en langue latine.

Jacques Godefroi pense que cette première version fut mise au jour vers l'an 570, par l'ordre de Justin II.

Peu de temps après, le patrice Julien, surnommé *L'antécesseur*, parcequ'il était professeur de droit à Constantinople, fit, de son autorité privée, un épitôme des Novelles, qu'on appela les *Novelles de Julien*. Ce n'est pas une traduction littérale, mais une paraphrase qui est fort estimée. L'auteur en a retranché les prologues et les épilogues des Novelles. Elle est divisée en deux livres: le premier finit à la Novelle 62, et le second renferme les autres Novelles.

La seconde traduction des Novelles est celle d'Haloander, imprimée pour la première fois à Nuremberg, l'an 1531, et depuis réimprimée en plusieurs autres lieux.

Il y en a une troisieme et dernière, d'Agilée, faite sur la copie grecque de Scrimger, imprimée à Bâle par Hervagius, l'an 1561, in-4°. Celle-ci est fort estimée.

Cependant Contius s'est servi de l'ancienne, et c'est celle qui est imprimée dans les corps de droit civil, avec les gloses ou sans gloses.

Cette première version a été appelée *volume des authentiques*, pour dire que c'était la seule version fidèle et entière.

Les ravages des guerres et les incursions des Goths dans l'Italie et dans la Grèce, avaient causé la perte du droit de Justinien,

ainsi que du premier livre grec des Novelles, et de la première traductiou. Ces livres furent, comme on le sait, retrouvés dans Melphis, ville de la Pouille; et Irnerius, par l'autorité de Lothaire II, vers 1230, remit au jour le Code et la première version latine des Novelles de Justinien.

Cette édition des Novelles par Irnerius, a été appelée *germanique* ou *vulgate;* c'est celle dont on se sert presentement pour la citation des Novelles. Cependant elle se trouva defectueuse; plusieurs Novelles y manquaient, soit qu'Irnerius ne les eut pas retrouvees, soit qu'il les eut retranchees comme etant hors d'usage.

Bergunti on, ou quelque autre interprète, vers l'an 1140, divisa ce volume des Novelles en neuf collations, et changea l'ordre observé dans la première version; et ce volume fut appelé *authentique*, *authenticum*, ou *volumen authenticorum*, et a ete depuis reçu dans toutes les universités.

Quelques uns veulent que le nom *d'authentique* lui ait ete donne, parceque les lois qu'il contient, ont plus d'autorité que les autres qu'elles confirment, interprètent ou abrogent; d'autres disent que c'est par rapport aux authentiques d'Irnerius, qui, n'etant que des extraits des Novelles, n'en ont pas l'autorite; d'autres enfin qui veulent que ce soit par rapport à l'epitome de Julien, qui ne fut fait que de son autorite privée.

Il ne faut pas confondre ce volume appelé *authentique*, avec les *authentiques* appelées *authenticæ*, qui sont extraites des Novelles qu'Irnerius insera dans le Code, aux endroits où ces Novelles ont rapport.

On ne voit pas pourquoi les Novelles ont été divisées en neuf collations: ce terme signifie *amas et rapport.* Mais, dans une même collation, il y a des Novelles qui n'ont aucun rapport les unes avec les autres; elles y sont rangees sans ordre.

Divers auteurs ont travaillé sur les Novelles de Justinien; Cujas en a fait des paratitles qui sont fort estimés; Gudelinus a en fait un traite *de jure novissimo*, Rittershusius les a aussi rangées et commentees par matieres Ceux qui ont travaille sur le Code, ont expliqué, par occasion, les authentiques. Claude de Ferriere a fait imprimer la *Jurisprudence des Novelles*, en deux volumes in-4°, en 1688.

Quelques empereurs, après le décès de Justinien, firent aussi des constitutions qu'ils appelérent *Novelles:* savoir, Justin II, Tibere II, Léon, fils de l'empereur Basile, Heraclius, Alexandre, Constantin Porphyrogenete, Michel, et autres.

Les Novelles de ces empereurs furent imprimées pour la premiere fois en 1573; et depuis elles furent jointes par Leunclavius à l'épitome des soixante livres de basiliques, à Bâle, en 1575: on les a imprimees depuis à Paris en 1606, et à Amsterdam en 1617.

Les cent treize Novelles de l'empereur Léon ont eté imprimées par Godefroi; ces Novelles n'ont point force de loi (M. GUYOT.)*

[[Les Novelles de Justinien elles-mêmes n'ont plus aucune autorite législative. *V.* la loi du 30 ventose an 12, art. 7, et l'article *Raison écrite.*]]

NOVICE. *V.* l'article. *Profession monastique.*

* NOURRICE. C'est une femme qui allaite un enfant qui n'est pas le sien.

I. Suivant une declaration du roi, du 29 janvier 1715, enregistrée au parlement, il doit être tenu dans le bureau général des recommandaresses à Paris (1), un registre paraphe du lieutenant general de police, dont chaque article doit contenir le nom, l'age, le pays et la paroisse de la Nourrice, la profession de son mari, l'age de l'enfant dont elle est accouchée, et s'il est vivant ou mort, le tout par un certificat du curé de la paroisse, qui doit d'ailleurs rendre temoignage des mœurs et de la religion de la Nourrice, si elle est veuve ou mariée, et si elle n'a point d'autre nourrisson.

La declaration qu'on vient de citer, contient d'ailleurs les disposition suivantes:

« Art. 6. Les certificats des nourrices seront mis en liasse et numerotes par premier et dernier, de mois en mois, relativement aux articles du registre: à l'effet de quoi, ils seront pareillement visés par le commissaire.

» 7. Il sera pareillement fait mention sur le registre, tant du nom et de l'age de l'enfant qui sera donné à la Nourrice, que du nom, de la demeure et de la profession de son pere, ou de la personne de qui elle aura reçu l'enfant: et il sera délivré une copie de tout à chaque Nourrice par la recommandaresse du bureau où elle se sera presentée; et sera ladite copie signee par la recommandaresse, visee par le commissaire, le tout à peine, contre les recommandaresses qui auront contrevenu au présent article, de 50 livres d'amende pour chacune contravention, et d'interdiction

(1) Il y avait alors à Paris quatre bureaux de recommandaresses: mais ils ont été supprimés par une declaration du 24 juillet 1769, qui a établi à la place un seul bureau général. Nous rapportons cette déclaration à l'article *Recommandaresses.*

pour trois mois, même de plus grande punition, s'il echet.

» 8. Les Nourrices seront tenues de représenter ladite copie au curé de leur paroisse, qui leur donnera un certificat, lequel elles auront soin d'envoyer au lieutenant général de police, qui le fera remettre à chacune des recommandaresses, pour être joint au premier certificat du curé, dont sera fait note sur le registre en marge de l'article, à quoi le commissaire tiendra la main; et les Nourrices, faute de satisfaire au présent article, seront condamnees en 50 livres d'amende, dont les maris seront responsables.

» 9. Défendons, sous pareilles peines, aux sages-femmes, aux aubergistes, et à toutes personnes autres que les recommandaresses, de recevoir, retirer, ni loger les Nourrices et meneuses, de s'entremettre pour leur procurer des nourrissons, ni de recevoir, sous ce prétexte, aucun salaire ni récompense, sans néanmoins rien innover ni changer dans ce qui se pratique à l'egard de l'hopital des Enfans-Trouves.

» 10. Defendons aux meneuses de conduire et d'adresser des Nourrices ailleurs qu'à l'un des quatre bureaux des recommandaresses, sous les mêmes peines.

» 11. Faisons pareillement défenses aux Nourrices d'avoir en même temps deux nourrissons, à peine du fouet contre la Nourrice, et de 50 livres d'amende contre le mari, et d'être privés du salaire qui leur sera dû pour les nourritures de l'un et l'autre enfant.

» 12. Seront tenues les Nourrices, sous les mêmes peines, d'avertir les péres et mères, ou autres personnes de qui elles auront reçu les enfans, des empêchemens qui ne leur permettront plus de continuer la nourriture, et des raisons qui les auront obligées de les remettre a d'autres, dont elles indiqueront en ce cas le nom, la demeure et la profession. Comme aussi seront tenues les Nourrices, en cas de grossesse, d'en donner avis, dans le deuxieme mois, aux péres et mères des enfans, ou autres personnes qui les en auront chargees; et pareillement, en cas de deces des enfans dont elles auront été chargees, elles seront obligees d'en avertir les peres et mères desdits enfans ou autres qui les en auront chargees, et de leur envoyer l'extrait mortuaire desdits enfans; et si le curé exige d'elles ses droits pour l'expedition dudit extrait, elles en seront remboursees par les péres et mères, ou autres de qui elles auront reçu lesdits enfans, en vertu de l'ordonnance qui sera rendue par le lieutenant général de police, en cas qu'ils refusent de le faire volontairement.

» 13. Défendons aux Nourrices, à peine de 50 livres d'amende, de ramener ou de renvoyer leurs nourrissons, sous quelque pretexte que ce soit, même pour defaut de paiement, sans en avoir donné avis par écrit aux pères et mères, ou autres personnes qui les en auront chargees, et sans en avoir reçu un ordre exprès de leur part; et en cas que lesdits pères et meres ou autres personnes négligent de répondre à l'avis qui leur aura ete donné, les Nourrices en informeront, ou par elles mêmes ou par l'entremise du curé de la paroisse, le lieutenant général de police, qui y pourvoira sur le champ, soit en faisant payer les mois échus qui se trouveront dus, soit en permettant aux Nourrices de ramener ou de renvoyer l'enfant, pour être remis entre les mains de qui il sera ordonné par ledit lieutenant general de police.

» 14. Les peres et mères seront condamnés par le lieutenant général de police, au paiement des nourritures des enfans qui auront été mis en Nourrice par l'entremise des recommandaresses, lesquelles condamnations seront prononcees sur le simple proces verbal du commissaire qui aura vise le registre où lesdits enfans seront inscrits, et, apres que les pères et mères ou autres personnes qui auront chargé les Nourrices desdits enfans, auront été assignés verbalement, comme en fait de police, sans aucune autre procedure ni formalité; et seront les condamnations qui interviendront, exécutées par toutes voies dues et raisonnables, même par corps, s'il est ainsi ordonne par ledit lieutenant general de police; ce qu'il pourra faire en tout autre cas que celui d'une impuissance effective et connue.

» 15. Sera notre présente declaration enregistrée au bureau desdites recommandaresses, et transcrit à la tête de chacun de leurs registres, affichee dans leur bureau, et publiee dans toutes les juridictions royales ou seigneuriales du ressort de notre cour de parlement de Paris ».

La déclaration dont on vient de rapporter les principales dispositions, a été confirmee par une autre declaration du 1er mars 1727 (1).

L'art. 2 de cette derniere loi a d'ailleurs ordonne que les Nourrices seraient tenues de rapporter ou renvoyer les enfans dans la quinzaine du jour qu'ils leur auraient ete demandés par leurs parens, ou par les personnes qu'ils en auraient chargées, quand même ces Nour-

(1) L'exécution de ces deux déclarations a encore été ordonnée par une autre du 24 juillet 1769, que nous rapportons à l'article *Recommandaresses*, et qui a fait quelques changemens aux précédentes.

rices auraient pris ces enfans par changement, d'autres Nourrices ou autrement; et qu'en cas de mort des mêmes enfans, elles en rapporteraient ou renverraient les hardes avec les certificats de mort, à leurs parens; le tout à peine de 50 livres d'amende contre les Nourrices et leurs maris, même de plus grande peine, le cas échéant.

Il est défendu aux Nourrices de venir prendre des enfans à Paris, pour les remettre à d'autres Nourrices lorsqu'elles seront arrivées dans leurs pays, ou d'en venir prendre sous de faux certificats, à peine de punition corporelle. C'est une disposition de l'art. 8, qui défend en outre, sous les mêmes peines, aux Nourrices qui se trouvent grosses, de prendre des enfans pour les nourrir et allaiter.

L'art. 10 défend, sous peine de punition exemplaire, aux Nourrices d'abandonner ou exposer les enfans dont elles se sont chargées; et s'il arrive que ces enfans viennent à périr par leur faute, elles doivent être punies suivant la rigueur des ordonnances.

II. Par lettres patentes du mois de mai 1780, enregistrées au parlement de Paris, le 22 août de la même année, le roi a ordonné l'établissement d'un bureau de Nourrices à Lyon. Voici comment elles sont conçues:

« Art. 1. Il sera établi dans la ville de Lyon un bureau général de location de Nourrices et d'assurance de leurs salaires: il se tiendra dans une maison capable de contenir avec ordre et propreté toutes les femmes de la campagne qui viendront y lever des nourrissons; ce bureau sera dirigé sous l'inspection, les ordres et la juridiction des prévôt des marchands et échevins de ladite ville, ou de l'officier par eux préposé à l'exercice de la place de lieutenant de police. L'administration en sera confiée à un directeur, que lesdits prévôt des marchands et échevins auront le droit de nommer, et même de destituer, et dont ils fixeront les honoraires, les pouvoirs et les obligations, en tout ce qui ne sera pas réglé par ces présentes.

». Toutes les nourrices seront logées gratuitement; il y aura, à cet effet, une quantité suffisante de lits et de berceaux, pour coucher lesdites Nourrices et leurs nourissons.

» 3. Les meneurs ou meneuses que les prévôt des marchands et échevins ou le lieutenant de police commettront, sur la présentation du directeur ou de la personne chargée en chef de l'administration du bureau, pour amener les Nourrices au bureau et les ramener chez elles, seront chargés de recevoir les deniers de leurs mois de nourriture, et de leur en faire le paiement dans la quinzaine de leur retour chez eux; ils seront porteurs de registres contenant quatre colonnes; dans la première, ils inscriront ou feront inscrire les mois qu'ils toucheront pour les Nourrices; dans la seconde, ils feront note des ordres des pères et des mères; dans la troisième, ils feront mention des sommes qu'ils paieront aux Nourrices; lesquels paiemens ils ne pourront faire qu'en présence des curés, vicaires ou desservans; et dans la quatrième, ils feront note de l'état des enfans et des demandes des Nourrices.

» 4. Pour mettre les meneurs à portée de subvenir aux frais que leur état entraînera, ils jouiront du sou pour livre de toutes les sommes dont ils seront chargés pour les Nourrices: ce droit leur sera payé par les pères et les mères, de la même manière et en même temps que les mois d'allaitement et de nourritures.

» 5. La caisse du bureau sera garnie de fonds suffisans pour pouvoir payer aux Nourrices tous les mois échus, quand même le recouvrement n'en aurait pas été fait; en conséquence, après que les meneurs ou meneuses auront fait leur recette chez les pères et les mères, ils se présenteront au bureau, pour y compter de toutes les sommes qu'ils auront reçues, et pour qu'il leur soit fait l'avance de toutes celles qu'ils n'auront pas recouvrées, ainsi qu'il sera dit ci-après. Les meneurs se présenteront aussi au bureau, à leur arrivée à Lyon, pour que l'on puisse s'y assurer de l'exécution de l'art. 3 de ces présentes, auxquelles lesdits meneurs ou meneuses seront tenus de se conformer, sous peine de 50 livres d'amende, même de destitution, et d'emprisonnement en cas de récidive.

» 6. Enjoignons aux pères et aux mères, ou autres personnes qui mettront des enfans en Nourrice ou en sevrage par l'entremise du bureau, d'en payer exactement les mois de nourriture, soit aux meneurs ou meneuses, soit au bureau général, où la recette sera ouverte tous les jours, excepté les après-midi des dimanches et fêtes; autorisons, lorsqu'il sera du trois mois, à faire revenir les enfans de Nourrice, pour les remettre à leur pères et mères, ou autres personnes qui en seront chargées, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le lieutenant de police.

» 7. Pour parvenir au recouvrement des sommes dues aux Nourrices ou à la caisse du bureau qui en aurait fait l'avance, il sera arrêté, mois par mois, un rôle qui contiendra les noms, professions et demeures des pères et mères, les noms des nourrissons, les noms et

demeures des maris des Nourrices, les prix et échéances des mois exigibles. Ce role sera vérifié et rendu exécutoire, à la réquisition du procureur du roi au siége de la police, par l'ordonnance du lieutenant de police, laquelle, nonobstant appel ou opposition, sera exécutée sans frais, à la diligence du directeur ou de la personne chargée en chef de l'administration du bureau, par toutes voies dues et raisonnables, et même par corps, auquel cas la capture se fera conformément et aux termes de l'arrêt de notre cour de parlement, du 10 juin 1737, après néanmoins qu'il aura été délivré deux avertissemens d'y satisfaire, en tête du dernier desquels avertissemens sera transcrit, par extrait, ledit role, avec l'ordonnance d'exécution d'icelui.

» 8. Le bureau sera garant envers les peres et mères et les Nourrices, de la recette et gestion des directeurs, commis et autres préposés, lesquels commis et préposés seront nommés par le consulat ou par le lieutenant de police, sur la présentation du directeur ou de la personne chargée en chef de l'administration; ledit bureau sera pareillement garant de la recette et gestion des meneurs et meneuses. Il sera remis à ces derniers, outre le sou pour livre mentionné en l'article quatrième des presentes, toutes les sommes qui seront dues aux Nourrices pour leur mois d'allaitement et nourriture, quand même elles n'auraient pas été payées par les pères et mères. Pour mettre le bureau en état de satisfaire à toutes les charges; il sera perçu 3 livres par chaque nourrisson pour droit d'enregistrement, et un sou pour livre; lequel sera retenu sur toutes les sommes qui seront délivrées aux Nourrices, déduction préalablement faite sur icelles du sou pour livre attribué aux meneurs ou meneuses.

» 9. Autorisons le trésorier de notre ville de Lyon à fournir jusqu'à la concurrence de 20,000 livres, suivant qu'il sera arrêté par les prévot des marchands et échevins, et sur leur délibération, pour les frais d'arrangement et d'ameublement dudit bureau, les premières avances à faire pour les pères et mères, les premières années d'honoraires à payer au directeur et aux commis, leurs frais de voyage, et au cas qu'ils soient appelés de Paris ou de quelques autres villes éloignées, ceux de leur installation, et généralement pour tout ce que lesdits prévot des marchands et échevins jugeront nécessaire; desquelles avances notredite ville sera remboursée, s'il y a lieu, sur le produit des droits qui seront perçus audit bureau, et suivant les arrangemens que lesdits prevôt des marchands et échevins pourront faire pour l'administration dudit bureau.

» 10. Seront au surplus nos déclarations des 29 janvier 1715, 1er. mars 1727, 24 juillet 1769 et 23 juin 1770, concernant les bureaux des Nourrices de nos villes de Paris et Saint-Germain en Laye, ainsi que les reglemens rendus pour ce qui peut concerner le directeur, ou la personne chargée en chef de l'administration dudit bureau, les Nourrices, les meneurs ou meneuses, les sages-femmes ou aubergistes, exécutés suivant leur forme et teneur, en tout ce qui n'est pas dérogé par les présentes ». (M. Guyot.) *

[[III La loi du 21 mars 1806 contient, sur le recouvrement des mois de Nourrice des enfans de la ville et banlieue de Paris, et sur les contraventions aux lois et reglemens relatifs au bureau des Nourrices de la même ville, deux dispositions importantes et très-remarquables :

» Art. 1. Le recouvrement du prix des mois de Nourrice des enfans de la ville et banlieue de Paris, sera fait désormais d'après un role qui sera rendu exécutoire par le préfet du département, lequel, en cas de retard de paiement, pourra décerner contrainte, comme pour les contributions, sans que la voie de contrainte par corps puisse jamais avoir lieu.

» 2. Il sera statué par le conseil de préfecture, présidé par le préfet du département, sur les oppositions aux roles ou contraintes, et sur les contraventions aux lois et réglemens touchant le bureau des Nourrices ».

Le 30 juin de la même année, il a été rendu, sur le bureau des Nourrices de Paris, un décret dont voici les termes :

« Sur le rapport de notre ministre de l'intérieur, vu les déclarations des 29 janvier 1715, 1er. mars 1727 et 24 juillet 1769; vu pareillement l'arrêté du gouvernement, du 29 germinal an 9; notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

» Art. 1. L'administration du bureau des Nourrices de la ville de Paris continue de faire partie des attributions de l'administration générale des secours et hôpitaux de ladite ville, sous l'autorité du préfet du département, pour la partie administrative; et pour la police, sous celle du conseiller d'état préfet de police.

Deux assemblées par mois seront spécialement consacrées aux affaires de l'établissement; elles seront présidées par le conseiller d'état préfet du département, ou par le conseiller d'état préfet de police, et, en leur absence, par un vice président nommé par le ministre de l'intérieur.

» En cas de partage d'opinions dans les délibérations, celui qui présidera aura voix prépondérante. Les fonctions de secrétaire y seront remplies par le secrétaire de l'administration des hospices.

» 2. Conformément à l'art. 3 de la déclaration du 24 juillet 1769, la nomination du directeur de l'établissement, en cas de vacance de la place, sera proposée à l'approbation du ministre par le préfet du département, qui recevra son serment de bien et fidèlement remplir ses fonctions.

» Le directeur aura entrée et voix consultative dans les assemblées.

» 3. Les préposés nécessaires pour le recouvrement des mois de Nourrice, seront nommés par le conseiller d'état préfet du département sur la présentation du directeur. Un des membres de l'administration générale des hospices sera spécialement délégué par le préfet, pour la surveillance journalière des opérations du bureau.

» 4. Conformément à l'art. 7 de la déclaration susdatée, le directeur arrêtera chaque mois le rôle des recouvremens à faire; il sera vérifié par l'administrateur surveillant, et, à sa réquisition rendu exécutoire, conformément à la loi du 25 mars dernier, à l'instar des rôles de contributions, par une ordonnance du conseiller d'état préfet du département, laquelle sera, nonobstant appel ou opposition, et sans y préjudicier, exécutée sans frais, à la diligence du directeur, par voie de contrainte, la prise de corps exceptée, après néanmoins qu'il aura été délivré deux avertissemens d'y satisfaire, à huit jours de distance l'un de l'autre, par les préposés aux recouvremens. En tête du dernier avertissement sera transcrit l'extrait du rôle concernant chaque débiteur en retard, et l'ordonnance d'exécution.

» 5. Il sera statué, conformément à la même loi, tant sur les oppositions formées aux ordonnances d'exécution, que sur les contestations ou contraventions qui pourraient s'élever dans l'exécution des lois et réglemens non abrogés de l'établissement, par le conseil de préfecture, comme pour les contributions.

» 6. Tous les registres de l'établissement et de ses préposés seront cotés et paraphés par le conseiller d'état préfet du département; ils seront représentés aux deux préfets et aux administrateurs, à toute réquisition qui en sera faite au directeur; ils ne seront point assujétis au timbre.

» 7. Chaque mois, le directeur, dans une des assemblées prescrites par l'art. 1er., mettra un bordereau de situation de l'établissement, sous les yeux de l'administration, qui le vérifiera et le soumettra, pour être arrêté, au préfet président. Une copie de ce bordereau sera transmise au ministre.

» 8. Un compte général sera rendu dans le cours des six premiers mois qui suivront l'année expirée. Ce compte sera entendu, clos et arrêté dans une assemblée générale, sur le rapport de l'administrateur surveillant, et soumis à l'approbation du ministre de l'intérieur.

» 9. Notre ministre de l'intérieur nous proposera les réglemens nouveaux qui seront par lui jugés nécessaires au bien de l'établissement, et particulièrement, sur l'avis du préfet de police de Paris, ceux qui concernent la correspondance avec les maires des communes qu'habitent les Nourrices, pour la surveillance et la police ».

V. les articles *Meneur* et *Recommandaresse.*]]

[[NOUVEL OEUVRE. *V.* l'article *Dénonciation de Nouvel OEuvre.*

* NOUVELLETÉ. Entreprise faite sur le possesseur d'un héritage, tendante à le déposséder.

La Nouvelleté donne lieu à l'action possessoire que l'on appelle *complainte. V.* ce mot (M. Guyot.) *

NULLITÉ. Ce mot désigne à la fois, et l'état d'un acte qui est nul et comme non avenu, et le vice qui empêche cet acte de produire son effet.

Il y a plusieurs choses à examiner sur cette matière:

1°. Quelles sont les causes d'où procèdent les Nullités?

2°. Par qui peuvent-elles être alléguées?

3°. Se couvrent-elles par le consentement exprès ou tacite des parties intéressées? [[Dans quels cas le consentement tacite se présume-t-il à l'effet de les couvrir?]]

4°. Quels sont les effets des Nullités?

5°. Celui qui a commis une Nullité, en est-il garant?

6°. Ce qui est nul dans le principe, peut-il devenir valable par la suite?

7°. Par quelle voie peut-on et doit-on se pourvoir pour faire déclarer une Nullité?

8°. Combien de temps dure l'action en nullité?

9°. Peut-on, en cause d'appel, convertir en demande en Nullité, une demande en rescision formée devant les premiers juges, et vice-versâ?

10°. L'huissier qui a commis une Nullité

dans un exploit qu'il a fait en vertu d'une autorisation spéciale du juge, et qu'il ne pouvait faire sans cette autorisation, peut-il la réparer, sans que le juge l'ait de nouveau autorisé?

[[11°. Lorsque, sur des procédures nulles, il est intervenu un jugement qui les suppose valables, et qui n'a pu avoir lieu qu'en les supposant telles, peut-on encore, après que ce jugement est passé en force de chose jugée, attaquer ces procédures et en faire prononcer la Nullité?

12°. Les jugemens rendus sur le mode d'exécution d'un acte, ont ils, relativement aux Nullités qui vicient cet acte, l'autorité de la chose jugée?]]

§. I. *Quelles sont les causes d'où procèdent les Nullités?*

I. Les Nullités ne peuvent être établies que par la loi; la loi seule a le droit de les prononcer..

Les raisons pour lesquelles la loi peut rendre un acte nul, sont la qualité des personnes qui y interviennent, la nature de la chose qui en est l'objet, la forme dans laquelle il est passé. Ainsi, tout acte fait, soit par une personne que la loi en a déclaré incapable, soit pour une chose qu'elle a défendu d'en faire la matière, soit dans une forme qu'elle a proscrite, est un acte que l'on doit regarder comme nul.

Mais faut-il pour cela que la peine de Nullité soit expressément consignée dans la disposition du législateur?

II. La loi 5, C. *de legibus*, décide que cette peine doit être sous-entendue dans les lois prohibitives: « Nous voulons (ce sont » les empereurs Théodose et Valentinien qui » parlent) que tout pacte, toute convention, » tout contrat passé entre ceux à qui la loi » defend de le faire, soient regardés comme » non avenus....; en sorte qu'il suffise au lé» gislateur d'avoir défendu ce qu'il ne veut » pas qu'on fasse, et que tout le reste s'ensuive » de l'intention de la loi, comme s'il était ex» pressément ordonné; c'est-à-dire, que tout » ce qui est fait contre la défense de la loi, » soit, non-seulement inutile, mais encore » considéré comme non fait, quoique le législa» teur se soit borné à le défendre, et n'ait pas » déclaré spécialement qu'il le défendait à » peine de Nullité. Et s'il se fait, ou s'il arrive » quelque chose, soit en conséquence, soit à l'oc» casion de ce qui a été fait au mépris de la dé» fense de la loi, nous voulons qu'on le regarde » pareillement comme nul et de nul effet. » D'après cette règle, par laquelle nous anéan» tissons tout ce qui est contraire aux lois » prohibitives, il est certain que l'on ne doit, » ni admettre une stipulation de cette nature, » ni donner effet à un mandat de la même es» pece, ni avoir égard à un serment qui ten» drait à couvrir la Nullité de l'un ou de l'au» tre ».

On voit clairement, par ce texte, que les lois prohibitives sont toujours censées annuler tout ce qui se fait contre leurs dispositions.

III. Les docteurs exceptent cependant de cette décision, le cas où le législateur a prononcé une autre peine que celle de nullité, parcequ'alors, disent-ils, on ne pourrait déclarer nul l'acte prohibé, sans supposer que le législateur a voulu infliger deux peines à la fois; ce que la loi 41, D. *de pœnis*, ne permet pas de présumer.

Ainsi, dans l'ancien droit romain, la loi *Furia* défendait de léguer plus de mille sous à une seule personne; et parcequ'elle condamnait au quadruple le légataire qui recevait quelque chose au-delà de ce taux, Ulpien nous apprend (dans ses fragmens, tit. 1, §. 2) qu'on regardait le legs comme valable en luimême.

» Ainsi, la déclaration du mois de janvier 1681 veut « qu'aucuns collateurs des » prieurés, canonicats, cures, chapelles et » autres bénéfices, ne puissent dorénavant » conférer lesdits bénéfices, ou y nommer » autres que les sujets du roi »; et parcequ'au lieu d'annuler les collations faites au préjudice de cette défense, le législateur se contente d'ordonner la saisie tant du temporel des collateurs, que de celui des bénéfices conférés aux étrangers, on juge que ces collations sont valables en elles-mêmes et qu'en conséquence, elles produisent tout leur effet en vertu des lettres de naturalité qu'obtiennent les pourvus, même depuis qu'ils sont poursuivis par des dévolutaires.

[[On en trouvera un autre exemple à l'article *Mariage*, sect. 3, §. 1, n°. 15.

Mais surtout cela, *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Nullité*, §. 8.]]

IV. Il y a même plusieurs lois qui, en défendant certains actes, les laissent expressément subsister lorsqu'ils sont faits. Ulpien les qualifie, par cette raison, de lois imparfaites. *Imperfecta lex est, veluti Cincia* (dit-il dans ses fragmens, tit. 1, §. 2), *quæ suprà certum modum donari prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit.*

C'est de là qu'est venu l'axiome, *m...*

prohibentur in jure fieri, quæ tamen facta tenent. (Il y a en droit plusieurs choses qui sont défendues, et qui néanmoins subsistent lorsqu'elles sont faites).

Telle était, comme on vient de le voir, dans l'ancien droit romain, la loi *Cincia*, qui interdisait à chaque particulier de faire des donations au delà d'une certaine quotité de ses biens, et qui cependant ne les annulait pas.

Telle est la loi 1, §. 3. D. *quandò appellandum sit*, qui défend à tout juge de rendre une sentence sous condition, et déclare qu'elle n'est cependant pas nulle pour être portée de cette manière.

Telle est la loi 1, §. 3, D. *de appellationibus*, qui defend d'appeler à un autre juge que le supérieur immediat de celui dont est émanée la sentence, et qui cependant attribue un effet suspensif à l'appel porté *omisso medio*, dans un tribunal plus relevé.

Telle était aussi cette ancienne loi canonique qui défendait d'admettre un religieux à la profession avant une année entière de noviciat, et qui cependant déclarait valables les vœux prononcés sans cette épreuve préalable. (Chapitre *non solùm, de regularibus, in 6o*). Tels sont encore tous les canons qui établissent des empêchemens de mariage purement prohibitifs. (*V.* l'article *Empêchemens de mariage*).

On pourrait pousser cette énumération beaucoup plus loin; mais il est plus important de distinguer les cas où l'on doit sous-entendre la clause de Nullité dans une loi prohibitive, d'avec ceux où il n'est pas permis de suppléer cette clause, ou, ce qui revient au même, les cas auxquels s'applique la loi 5, C. *de legibus*, d'avec ceux à l'égard desquels cette loi est sans application.

V. Tous les auteurs conviennent que toute défense qui concerne la substance ou la forme essentielle d'un acte, emporte Nullité, en cas de contravention.

Il y a donc Nullité, dans un acte fait par une personne, ou en faveur d'une personne, que la loi en a déclarée incapable. Le mot *ne peut*, dit Dumoulin (sur la loi 1, D. *de verborum obligationibus*, no. 2), ôte toute puissance de droit et de fait; il en résulte une nécessité précise de se conformer à la loi, et une impossibilité absolue de faire ce qu'elle défend: *Negativa præposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti, et inducit necessitatem præcisam, designans actum impossibilem.*

[[Je reviendrai sur cette maxime de Dumoulin, dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Nullité*, §. 8.]]

2o. Il y a pareillement Nullité, quand la prohibition tombe sur l'acte même, et qu'elle n'est modifiée par aucune clause, par aucune expression dont on puisse conclure que le législateur a voulu laisser subsister l'acte. Ainsi, la seule defense de faire secrètement des contre-lettres pour deroger aux contrats de mariage, suffirait pour obliger les juges de les déclarer nulles, quand même les lois qui l'etablissent, ne contiendraient pas de clause irritante.

3o. Il faut dire la même chose de la défense de passer un acte dans une forme qui en concerne la substance. Telles sont, par exemple, les lois qui interdisent aux testateurs de prendre pour témoins des personnes d'une certaine qualité: quand ces lois ne porteraient pas la peine de Nullité, elles n'en seraient pas moins censées la prononcer, parce que leur prohibition a pour objet une chose qui est de l'essence d'un testament.

Mais si la défense ne roule que sur une chose purement accidentelle, et, pour ainsi dire, indifférente à la substance de l'acte, elle n'emporte, d'elle-même, aucune Nullité, et le législateur ne peut, en ce cas, annuler l'acte dans lequel on a contrevenu à cette defense, que par le moyen d'une clause irritante.

Ainsi, quoiqu'il soit partout défendu aux notaires de passer des contrats dans les cabarets, il n'y a cependant que très-peu d'endroits où la contravention à cette defense forme une Nullité. (*V.* l'article *Cabaret*).

Il est de même des matieres où les cours supérieures n'ont pas égard aux clauses irritantes qui sont apposées aux defenses concernant des choses accidentelles, et où elles regardent ces clauses comme simplement comminatoires, soit qu'elles n'aient pour objet que d'assurer l'exécution des lois purement bursales, soit pour d'autres motifs.

Un arrêt du 23 janvier 1755, rendu au parlement de Paris, sur les conclusions de M. l'avocat général d'Ormesson, avait confirmé le testament de la dame de Brun et l'exhérédation prononcée par cet acte contre la fille de la testatrice. La demoiselle de Brun s'est pourvue en cassation, et, entre autres moyens, elle a dit que le testament n'était pas insinué lors de l'arrêt; que l'édit de décembre 1703 veut, art. 20, *que jusqu'à l'insinuation*, les actes sujets à cette formalité *ne puissent avoir aucun effet en justice ni autrement, en quelque sorte et manière que ce soit*; et que par l'art. 9 de la déclaration du 19 juillet 1704, il est ajouté: *à peine de Nullité des actes et procédures faites avant l'insinua-*

tion. Mais on a répondu que ces lois étaient bursales, qu'elles ne concernaient que l'intérêt du fermier qui ne réclamait pas, et qui même avait été satisfait. Par arrêt du 12 avril 1756, le conseil a rejeté la requête.

Les habitans d'Erre, village de la gouvernance de Douai, avaient fait, avec l'abbaye de Marchiennes, une transaction sur la propriété des marais situés dans leur paroisse. Quelque temps après, ils en demandèrent la Nullité, sur le fondement qu'une communauté ne peut transiger valablement sur des immeubles sans autorisation du prince, ou au moins sans que la transaction soit homologuée par le juge royal du lieu; et comme on leur opposait que l'acte dont il s'agissait, avait été homologué à la gouvernance, ils soutinrent que le jugement d'homologation était nul, parcequ'il avait été prononcé sur la minute de l'acte; ce qui formait une contravention à un édit du mois d'avril 1675, enregistré au parlement de Flandre le 14 juin suivant, par lequel sont déclarés nuls *tous actes de juridiction qui se trouveront être faits à l'avenir en vertu de contrats ou autres actes non scellés, mis en grosse et signés du tabellion*. Mais ces raisons n'ont point été écoutées; la transaction étant juste en elle-même, l'exécution en a été ordonnée par une sentence de la gouvernance de Douai, du 4 août 1769, qu'a confirmée un arrêt du parlement de Flandre du 28 février 1771. Les habitans d'Erre se sont pourvus en cassation; mais leur requête a été rejetée le 29 juillet 1777, après une très-ample instruction.

Il est inutile de remarquer que ces exemples ne doivent pas tirer à conséquence: on sent assez qu'il est très-difficile, dans la pratique, de distinguer les cas où une clause irritante n'est que comminatoire; et l'on court toujours risque de juger mal quand on s'écarte de la loi. (*V.* l'article *Clause comminatoire*).

[[Il est d'ailleurs à remarquer que l'arrêt du parlement de Flandre du 29 juillet 1771, et celui du conseil du 29 juillet 1777, qui l'a confirmé, ont pu être motivés sur cette considération, qu'à l'époque où avait été faite la transaction dont il s'agissait, il n'existait aucune loi qui fît expressément dépendre de l'homologation du juge royal, la validité des actes de cette nature dans lesquels des corporations étaient parties.

Quant à l'arrêt du conseil du 12 avril 1756, qui a rejeté la requête en cassation de la demoiselle de Brun, il est vrai qu'il paraît avoir jugé que les Nullités prononcées par les lois fiscales, ne sont que comminatoires. Mais on ne pourrait plus aujourd'hui juger de même. *V.* l'arrêt de la cour de cassation du 1er. pluviôse an 10, rapporté au mot *Enregistrement (droit d')*, §. 55; et ceux de la même cour des 13 fructidor an 11, et 10 janvier 1809, rapportés au mot *Contre-lettre*, n°. 7.]]

VI. A l'égard des lois qui, au lieu de défendre, ne font que prescrire et enjoindre quelque chose, et que l'on appelle, par cette raison, *préceptives*, quelques auteurs enseignent qu'elles n'emportent Nullité, en cas d'infraction à ce qu'elles ordonnent, que lorsqu'elles contiennent une clause irritante; mais cette doctrine est trop générale, et il paraît qu'on doit aussi bien appliquer à ces sortes de lois qu'à celles qui sont conçues en forme prohibitive, la distinction que nous venons de développer entre les choses concernant la substance des actes, et celles qui n'y sont qu'accidentelles.

Par exemple, qu'une loi prescrive la forme dans laquelle doit être fait un testament, une donation, un acte de retrait, n'est-il pas évident que l'omission de la moindre des choses comprises dans ces dispositions, est une Nullité qui vicie entièrement l'acte?

L'art. 10 du tit. 25 de l'ordonnance de 1670 porte qu'aux procès criminels qui seront jugés à la charge de l'appel, « assisteront au moins » trois juges, qui seront officiers, si tant y en » a dans le siége, ou gradués, et se transpor» teront au lieu où s'exerce la justice, si l'ac» cusé est prisonnier ». L'article suivant ajoute que « les jugemens en dernier ressort se don» neront par sept juges au moins ». On ne trouve pas de clause irritante dans ces deux textes, cependant il est certain qu'on ne pourrait les enfreindre sans nullité. Il y a même un arrêt du parlement de Dijon du 12 août 1739, qui ordonne aux officiers des justices inférieures du bailliage d'Avalon, d'appeler le lieutenant général de ce siége aux jugemens des procès criminels dont les appellations doivent se relever immédiatement à la cour, *à peine de Nullité*. Pourquoi cela? Parcequ'il est de l'essence d'un jugement d'être rendu par un certain nombre de juges, et que par conséquent les lois qui règlent ce nombre, se rapportent à la substance même du jugement.

Mais lorsque les dispositions du législateur ne concernent que des choses accidentelles à l'acte, il n'est pas permis régulièrement d'y suppléer la clause de Nullité: la preuve en résulte, *à fortiori*, de ce que nous avons dit au sujet des lois prohibitives.

[[*V.* les articles *Mariage*, sect. 5, §. 1; *Bordereau (hypothèque)*, *Inscription hyp-*

thécaire, §. 5, *Jury*, §. 4; et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Cassation*, §. 38, *Jugement* §. 22, et *Mariage*, §. 3 et 4.

VII. Peut-on aujourd'hui arguer de Nullité les titres contenant des stipulations feodales, qui ont échappé au brûlement qu'en avait ordonne la loi du 17 juillet 1793 ?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 8 prairial an 13, rapporte à l'article *Emphytéose*, §. 2.

VIII. Peut-on casser, comme renfermant un excès de pouvoir, un jugement en dernier ressort, qui prononce une nullité non établie par la loi ?

V. l'article *Divorce*, §. 9, note 1.]]

§. II. *Par qui les Nullités peuvent-elles être alléguées ?*

I. On distingue, sur cette question, deux sortes de Nullités, l'une absolue, l'autre relative. La premiere peut être alleguee par toutes sortes de personnes; la seconde ne peut l'être que par ceux en faveur de qui elle a été prononcée.

La Nullité absolue est celle qui vient d'une loi dont l'intérêt public est le principal motif. Ecoutons Dunod, *Traité des prescriptions*, part. 1, chap. 8 :

« La prohibition est censée faite par rapport à l'interêt public, lorsque son premier et principal objet est le bien de la société, la conservation des choses et des droits qui appartiennent au public, et qu'elle statue sur ce qui concerne les bonnes mœurs, ou qui est hors du commerce par le droit naturel, des gens, ou civil. Telles sont les dispositions des lois au sujet des actes qui emportent quelque delit ou quelque turpitude, de ceux qui ne produisent pas même une obligation naturelle, ou qui contiennent l'aliénation de ce dont le commerce est interdit pour une cause publique et perpétuelle, comme sont les choses sacrées et le domaine.

» La Nullité qui résulte de la prohibition en ce cas, est absolue, parceque la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend; elle le réduit à un pur fait qui ne peut être ni confirmé ni autorise, et qui ne produit aucun droit, aucune action, aucune exception.

» Cette Nullité peut être objectée, non-seulement par la partie publique, mais encore par toutes sortes de personnes, sans qu'on puisse leur opposer qu'elles se prévalent du droit d'un tiers; et le juge peut y prendre égard d'office, quand personne ne la proposerait ».

Telle est, en matière béneficiale, la Nullité qui provient, soit d'un défaut de pouvoir dans le collateur, soit d'indignité dans le pourvu, soit d'une paction simoniaque entre un résignant et son résignataire, soit d'un défaut de qualité dans les témoins qui ont souscrit la collation, etc.

Telle est, relativement au mariage, la Nullité produite par l'engagement d'un de ceux qui prétendent le contracter, dans l'état religieux ou les ordres sacrés. C'est ainsi que, par arrêt du 25 mai 1723, le mariage du sieur Baudouin du Plessis, prêtre, fut declaré nul et abusif, sur la demande des nommes Le Jaune et Marie Baudouin, quoiqu'on opposat à ceux-ci une fin de non-recevoir tirée de ce qu'ils n'agissaient que pour un intérêt pécuniaire.

Telle est encore la Nullité des établissemens et acquisitions de gens de main-morte sans autorisation du souverain. (*V.* à l'article *Institution d'héritier*, sect. 5, §. 1, nº. 17, l'arrêt rendu au parlement de Flandre, le 11 mai 1776, contre le petit séminaire de Cambrai).

Telles sont, enfin, presque toutes les Nullités prononcees par les lois criminelles : car, dans ces matières, soit qu'il s'agisse de punir un coupable ou de justifier un innocent, le grand objet du législateur est toujours l'interêt public. C'est par ce motif que l'art. 8 du tit. 14 de l'ordonnance de 1670 enjoint aux juges d'examiner, « avant le jugement, s'il n'y a » point de Nullité dans la procédure ».

La Nullité relative est celle qui n'intéresse que certaines personnes.

« Quoique la fin de la loi (dit Dunod) soit toujours l'intérêt du public et de la société, la vue de cet interêt est souvent eloignée, et la loi considere alors en premier lieu, dans sa prohibition et dans les Nullités qu'elle prononce, l'intérêt des particuliers : *primariò spectat utilitatem privatam, et secundariò publicam*. Ce sont les particuliers qui profitent de sa disposition; et sa prohibition, en ce cas, produit une nullite qu'on appelle respective, parceque cette Nullité n'est censée intéresser que celui en faveur de qui elle est prononcée : c'est pourquoi il peut seul s'en prévaloir et la proposer; et si d'autres le faisaient, on leur opposerait avec raison qu'ils se fondent sur le droit d'autrui.

» Telles sont les defenses d'aliéner les fonds dotaux et les biens des mineurs; de contracter sans l'autorité du père, du curateur, du mari, et autres semblables : elles concernent principalement l'intérêt des particuliers; elles n'annullent pas pleinement et simplement les actes qui sont faits au contraire : ces actes

subsistent à l'égard des tiers; ils ne sont déclarés nuls que quand les personnes que la loi a voulu favoriser, le demandent; ils peuvent être confirmés et ratifiés; les tiers s'obligent valablement pour leur exécution; car celui, par exemple, qui a cautionné pour la vente du bien d'un mineur, et le mari qui a vendu le fond dotal de sa femme, sont tenus à la garantie.

» La loi ne résiste pas expressément et toujours à ces sortes d'actes, comme dans les cas auxquels elle produit une nullité absolue; elle se contente de ne les pas avouer et autoriser à l'égard de certaines personnes ».

On peut mettre dans cette classe la Nullité d'une collation faite par l'ordinaire au préjudice du droit d'un patron ou d'un expectant. « Cette Nullité (dit M. Durand de Maillane) » n'est point inherente au titre, qui est d'ail» leurs parfait au fond et dans la forme; mais » il est, pour ainsi dire, conditionnel, c'est» à dire que son exécution dépend d'une con» dition. Cette condition est que ceux qui ont » droit au bénéfice, ne se plaignant pas ou » n'exerçant pas leurs droits dans le temps uti» le, le titre devient absolu et irrévocable ».

Il y a dans les notes de Brodeau sur Louet, trois arrêts de 1564, février 1568 et 29 mars 1612, qui ont expressément confirmé cette assertion.

Les coutumes de Bourgogne, de Franche-Comté, de Nivernais, d'Auvergne, de Bourbonnais, de Hainaut, défendent aux serfs d'aliener leurs biens, à peine de Nullité; mais cette Nullité n'ayant pour objet que l'intérêt du seigneur, l'aliénation doit être pleinement exécutée lorsque celui-ci ne s'en plaint pas. Le président Bégat, décis. 88, rapporte un arrêt du parlement de Dijon, du 28 juin 1553, qui l'a ainsi jugé. Grivel, decis. 105, nous en fournit deux autres rendus au parlement de Dôle les 13 septembre 1596 et 27 février 1604. Il s'agissait de savoir si l'hypothèque constituée par un serf sur ses biens, et ratifiée quelque temps après par le seigneur, devait avoir lieu du jour de la constitution, ou seulement du jour de la ratification. On faisait valoir pour ce dernier parti, la maxime que les ratifications n'ont jamais d'effet rétroactif au préjudice des tiers. Mais il a été jugé que le consentement du seigneur n'étant point requis pour l'habilitation du serf, avait pu être donné après l'acte, et qu'on ne devait le considérer comme une ratification que relativement au seigneur, parceque l'hypothèque était valable par rapport au serf et à tous ses ayant droit.

On juge, sur le même fondement, que la Nullité des aliénations de propres, faites au préjudice des réserves coutumières, ne peut être alleguée que par l'héritier en faveur duquel ces réserves ont été établies. *V.* les articles *Nécessité jurée* et *Réserves coutumières.*

Pollet, part. 3, §. 27, rapporte deux arrêts du parlement de Flandre, qui dérivent du même principe. Voici comment il s'explique:

« La saisie d'un fonds, aux fins de le faire décréter, doit être signifiée au seigneur de qui le fonds est tenu, suivant l'ordonnance de la cour pour l'ordre de la procedure, titre *des huissiers*, art. 72. Néanmoins le défaut de signification ne rend point le décret nul, quand il est seulement opposé par le débiteur, et que le seigneur ne parle point. Arrêt rendu au rapport de M. Mullet, le 7 juin 1690.

» Celui sur lequel on poursuit un décret, n'est pas recevable à s'y opposer, sons prétexte que le bien mis en décret, serait chargé du fideicommis. Arrêt rendu, à mon rapport, le 27 juin 1691 ».

Par un autre arrêt de la même cour du 12 août 1695, inséré dans le Recueil de Desjaunaux, tome 1, §. 74, il a été jugé que, dans la coutume de Valenciennes, qui défend au mari d'aliéner son bien sans le consentement de sa femme, l'héritier du mari décédé ne peut pas se prévaloir de cette défense, pour faire déclarer nulle une aliénation dont la femme ne se plaint pas.

[[On peut voir d'autres exemples à l'article *Mariage*, sect. 6.]]

§. III. 1°. *Les Nullités se couvrent-elles par le consentement exprès ou tacite des parties intéressées?*

2° *Dans quels cas le consentement tacite se présume-t-il en cette matière?*

I. Il faut sur la première de ces questions, comme sur la précédente, distinguer les Nullités absolues d'avec les Nullités relatives.

Les Nullités absolues pouvant être alléguées par toutes sortes de personnes, et nul n'ayant le pouvoir d'ôter à un autre la faculté d'exercer ses droits, il est clair qu'il n'y a point de consentement qui puisse couvrir une Nullité de cette espèce par rapport à des tiers.

Mais du moins le consentement ne forme-t-il pas, à l'égard de celui qui l'a donné, une fin de non-recevoir contre l'allégation qu'il voudrait personnellement faire, dans la suite, d'une Nullité absolue?

Il serait difficile de donner là-dessus une regle précise. Ce que nous pouvons dire de

plus généralement vrai, c'est que le juge doit toujours, en cette matiere, s'attacher à connaître, par les circonstances, de quel coté est l'intérêt public, et faire de cet intérêt le fondement de sa decision. Il est important pour l'État de ne pas troubler les possessions en accordant trop facilement la Nullité d'un acte à des parties qui en ont reconnu la validité. Il est encore plus important pour l'État de ne pas tolérer, par une indulgence dangereuse, des actes frappés de Nullité absolue; les lois n'auraient plus de force, si l'on n'en assurait l'exécution par des exemples nécessaires. C'est la crainte du premier inconvenient qui fait quelquefois écouter les fins de non-recevoir, et la crainte du second qui empêche souvent d'y avoir égard. Le devoir du juge est de discerner dans chaque espece s'il y a plus de danger pour le public, à détruire l'acte contre lequel on reclame, qu'à le confirmer.

On ne peut donc disconvenir que, dans la classe des Nullités absolues, il s'en trouve quelques-unes qu'un particulier ne pourrait plus alléguer apres avoir consenti à l'exécution de l'acte qui en est infecté.

C'est ainsi que, par arrêt du 18 mars 1666, des parens collatéraux furent mis hors de cour sur l'appel comme d'abus du mariage d'un sous-diacre et d'une abbesse, auquel ils avaient donné les mains et qu'ils n'attaquaient que pour exclure les enfans de la succession de leur pére et de leur mére. (*V.* l'article *Légitimation*, sect. 2, §. 2, n°. 8).

C'est ainsi que deux arrêts des 20 janvier 1633 et 22 avril 1649, ont déclaré les parens d'un religieux, qui avaient, les uns consenti à sa rentrée dans le siècle, les autres partagé avec lui une succession, non-recevables à se pourvoir contre le jugement qui l'avait relevé de ses vœux, quoique ce jugement fût absolument abusif.

[[C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 186 du Code civil, « le pere, la mère, les ascendans » et la famille qui ont consenti au mariage » contracté par des epoux qui n'avaient point » encore l'âge requis, ne sont point recevables » à en demander la Nullité ».

C'est ainsi que, suivant l'art. 196 du même Code, « lorsqu'il y a possession d'etat, et que » l'acte de célébration du mariage devant l'of» ficier de l'etat civil, est representé, les époux » sont respectivement non-recevables à de» mander la Nullité de cet acte ».]]

D'un autre côté, combien de fois n'arrive-t-il pas que les juges aneantissent des actes infectés de Nullités absolues, sur la demande des parties mêmes qui en ont reconnu la légitimité et consenti l'exécution?

Les lois elle-mêmes leur en font un devoir dans certains cas.

Par exemple, les art. 9 et 27 de l'édit du mois d'août 1749 permettent aux enfans ou héritiers presomptifs de ceux qui, sans l'autorisation du prince, ont fondé ou enrichi de leurs biens des etablissemens de main-morte, de reclamer contre ces fondations ou libéralités, « nonobstant toute prescription et tous » consentemens exprès ou tacites qui pour» raient avoir eté donnés à l'exécution des ac» tes ou dispositions ».

Un mari et sa femme font une transaction par laquelle ils consentent de vivre le reste de leurs jours séparément l'un de l'autre. Quelque temps après, le mari demande que sa femme soit tenue de retourner avec lui; on lui oppose son consentement: mais par arrêt du 14 mai 1695, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, la femme est condamnée « à » se retirer dans un couvent de religieuses » pendant six mois, pour ensuite aller demeu» rer avec son mari, qui sera tenu de la trai» ter maritalement ».

Nous rapportons, à l'article *Séparation de corps*, plusieurs autres arrêts qui ont jugé la même chose, et nous y indiquons en même temps les limites dans lesquelles la jurisprudence a renfermé cette règle.

[[Que doit-on décider à l'égard de l'acquiescement donné par un époux à un jugement qui déclare nul un mariage dont la loi commande le maintien? *V.* l'article *Jugement*, §. 3, n°. 6.]]

C'est surtout en matière criminelle qu'on peut se prévaloir des Nullités auxquelles on a consenti, soit expressément, soit tacitement. Nous en trouvons la preuve et l'exemple dans Papon: « Le juge criminel, pour la » forme des procès, ne duit avoir égard à ce » que les parties consentent pardevant lui, » comme s'ils accordaient que, pour les suspi» cions ou bien pour doute de compétence, » autre avec ledit juge assiste à la perfection » dudit procès comme adjoint; car cela n'est » permis, et serait ledit procès nul; et ainsi » fut jugé, par arrêt du parlement de Bour» gogne, le jeudi 26 février 1530 ».

On a établi aux mots *Déclinatoire*, §. 1, et *Incompétence*, n°. 2, que le demandeur luimême peut faire prononcer la Nullité d'une procédure faite à sa réquisition par un juge incompétent *ratione materiæ*.

[[Mais de là résulte-t-il qu'un arrêt rendu en première instance par une cour d'appel, peut-être cassé sur la réclamation de la partie

qui a elle-même saisi cette cour de la demande qu'elle aurait dû porter devant le tribunal de première instance?

Voici un arrêt du conseil qui juge pour l'affirmative.]]

La princesse de Raches a fait assigner le prince de Berghes, son frère, à la grand'-chambre du parlement de Paris, pour voir dire qu'elle serait autorisée à vendre une partie des biens compris dans une substitution à laquelle il était appelé. Le prince de Berghes a défendu à cette demande, en observant préliminairement qu'il ne savait à quel propos la princesse de Raches avait ainsi franchi tous les degrés de juridiction, et s'était mise d'elle-même au niveau des ducs et pairs. « La régula» rité de la procédure sur ce point, a-t-il ajouté, » est confiée à la sagesse du ministère public; » on n'a pas besoin de lui en faire sentir les » conséquences ». Les parties ayant plaidé au fond, il est intervenu, le 12 avril 1777, un arrêt dont nous rendons compte à l'article *Substitution fidéicommissaire*. Quoique très-juste au fond, cet arrêt péchait visiblement dans la forme, pour avoir été rendu par un tribunal qui ne peut régulièrement connaître que des causes d'appel. La princesse de Raches a saisi ce moyen pour se pourvoir au conseil; elle y a exposé que la gouvernance de Douai, dans le ressort de laquelle était domicilié l'auteur de la substitution, était, d'après les principes, établis à l'article *Maison mortuaire*, la seule juridiction compétente pour connaître de toutes les contestations relatives à cette substitution; elle a ensuite fait voir que l'erreur qu'elle avait commise en faisant assigner son frère au parlement de Paris, n'avait pas pu attribuer à ce tribunal une autorité que la loi ne lui a pas donnée, et qu'il n'aurait même pu exercer sur ses justiciables que par appel d'un juge subalterne. En conséquence, elle a demandé que, sans avoir égard à l'arrêt, qui serait déclaré nul, les parties fussent obligées de plaider à la gouvernance de Douai, sauf l'appel au parlement de Flandre; et le conseil l'a ainsi ordonné par arrêt du 24 octobre 1777.

[[On trouvera à l'article *Prorogation de juridiction*, n°. 2, un arrêt de la cour de cassation, du 9 octobre 1811, qui juge de même. Je reviendrai là-dessus dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Appel*, §. 14, art. 2, n°. 22.]]

II. A l'égard des Nullités respectives, il est constant qu'elles sont couvertes par le consentement que donnent à l'exécution des actes qui les renferment, les parties intéressées à faire valoir ces Nullités et à détruire ces actes. Il y en a un arrêt du 9 juillet 1698, dans le *Journal des Audiences*.

De-là cette maxime si connue, que la Nullité d'un ajournement judiciaire est effacée par la comparution de la partie assignée.

[[Les communes sont-elles soumises à cette maxime, comme les particuliers? *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 10 janvier 1810, rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Commune*, §. 5, n°. 3.]]

Quelques auteurs vont même jusqu'à dire que l'ajourné ne peut pas, en comparaissant, alléguer la Nullité de son assignation, parce que ce sont deux choses contradictoires de comparaître en conséquence d'une assignation, et de prétendre qu'on n'est pas valablement assigné; et nous trouvons quatre arrêts qui confirment expressément cette opinion.

Les deux premiers ont été rendus par la chambre impériale de Spire. Voici les termes dans lesquels nous les retrace Mynsingere, cent. 2, obs. 18: *Hoc tamen intelligendum quandò ex parte citati nemo comparet; secùs, si pars citata compareat, quia citationis effectus est comparitio; et ideò sufficit eum comparuisse, nec ei prodest si allegat se illegitimè citatum. Ita conclusum in pleno consilio, 17 aprilis anno 1550; et posteà sic judicatum, 21 octobris anno 1554.*

Le troisième arrêt est du parlement de Flandre. Les abbé et religieux d'Anchin avaient pris la voie de révision contre un arrêt de cette cour, du 16 août 1727, rendu en faveur du sieur Duberon, à lui joint M. le procureur général. L'huissier à qui ils avaient donné commission de l'ajourner à cet effet, avait laissé en blanc, dans la copie signifiée de son exploit, le nom de la personne à qui il avait parlé, et même l'exploit ne portait pas qu'il en eût laissé copie. Cette double Nullité aurait infailliblement fait déclarer l'abbaye non-recevable dans sa demande en révision, si le sieur Duberon eût fait défaut à l'audience indiquée par l'exploit; mais comme il avait comparu pour proposer la fin de non-recevoir, la cour a regardé la Nullité de l'exploit comme effacée; et, par arrêt rendu en 1728 ou 1729, elle a ordonné que, sans s'arrêter à la fin de non-recevoir, il serait procédé à la révision demandée par l'abbaye d'Anchin.

Le quatrième arrêt a été rendu au parlement de Toulouse. Un particulier avait vendu à une veuve des marchandises pour une somme de 600 livres, sous le cautionnement d'un tiers. Sur le défaut de paiement, le vendeur a obtenu sentence au consulat de Montauban, contre la veuve et sa caution. Appel

au parlement de Toulouse. Arrêt qui ordonne l'exécution provisoire de la sentence. Emprisonnement de la veuve. Celle-ci a demandé la réformation de la sentence, en ce qu'elle avait prononcé contre elle la contrainte par corps, tandis qu'elle n'était point marchande publique. Elle a conclu en même temps à la cassation de l'exploit d'assignation qui lui avait été donné sur l'appel, sous prétexte que la copie qu'elle avait reçue, ne désignait pas la personne à qui elle avait été laissée. Le vendeur a soutenu que la veuve était courtière publique, et qu'elle n'était pas recevable dans sa demande en Nullité de l'exploit, parceque le vœu de l'ordonnance tendait uniquement à ce que l'exploit parvînt à sa destination; ce qui, dans l'espèce, était arrivé. Par arrêt du mois d'avril 1782, le parlement de Toulouse, *sans s'arrêter à la demande en cassation de la partie de Selves* (la veuve), a ordonné qu'il serait fait preuve de la qualité de courtière ou marchande publique qu'on lui imputait.

[[Mais, nous devons le dire, autant les trois premiers arrêts sont réguliers, en ce qu'ils ont été rendus d'après les principes généraux et dans des pays où il n'existait point de loi qui contrariât ces principes, autant le quatrième est insoutenable d'après l'art. 5 du tit. 5 de l'ordonnance de 1667, auquel est conforme l'art. 173 du Code de procédure civile. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Appel*, §. 9, et §. 10, art. 1, n°. 2; et *Assignation*, §. 5. *V.* aussi l'arrêt de la cour de cassation, du 24 décembre 1811, rapporté ci-après, n°. 6.

III. Au surplus, la même règle a lieu dans les matières correctionnelles.

Paul Berzano et Dominique Pozzi, prévenus de délits forestiers, sont cités devant un tribunal correctionnel, à la requête de l'administration forestière. Ils soutiennent que l'action intentée contre eux est prescrite, et que la citation qui leur a été donnée en temps utile, n'en a pas interrompu la prescription, « attendu que cette citation contenant copie du » procès-verbal rédigé contre eux par le » garde forestier, ne contient pas la mention » de la signature de ce garde au bas du procès- » verbal ».

Jugement qui, adoptant ce moyen, renvoie les prévenus.

Sur l'appel, les prévenus emploient pour faire confirmer le jugement, un nouveau moyen de Nullité, qu'ils font résulter de ce que le garde forestier qui leur a donné la citation, n'y a pas fait mention de son *domicile;* formalité prescrite, à peine de Nullité, par l'art. 61 du Code de procédure civile.

Le 19 novembre 1808, arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Stura, qui, sans avoir égard au motif des premiers juges, et adoptant le nouveau moyen des intimes, met l'appellation au néant.

Mais, par arrêt du 5 mai 1809, au rapport de M. Guieu,

« Vu l'art. 456, §. 1 et 6, de la loi du 3 brumaire an 4;

» Attendu 1°. que les dispositions du Code de procédure civile sont étrangères aux actes relatifs à la poursuite des délits forestiers devant les tribunaux correctionnels; que les art. 180 et 181 de la loi du 3 brumaire an 4 sont les seuls à consulter en cette matière; qu'il suffit, pour la validité de la citation donnée aux délinquans, qu'on leur fasse connaître l'objet de cette citation, le tribunal devant qui ils doivent comparaître, et les jour et heure de l'audience;

» Que, dans l'espèce, les prévenus ont eu connaissance, non-seulement de la demande dirigée contre eux, de ses motifs et du tribunal qui devait prononcer, mais même du domicile du garde forestier qui leur signifiait la citation, puisqu'il leur a été notifié en même temps une copie du procès-verbal dans lequel la résidence de ce même garde était mentionnée;

» Que, dès-lors, et sous tous les rapports, la cour de justice criminelle en annulant la citation donnée à Paul Berzano et à Dominique Pozzi, a fait une fausse application de l'art. 61 du Code de procédure civile;

» 2°. Qu'en admettant même l'existence de cette prétendue Nullité, les prévenus étaient non-recevables à la proposer, et la cour de justice criminelle n'aurait pas eu le droit de l'admettre sur l'appel porté devant elle; que, dès que l'on invoquait les dispositions du Code de procédure civile, il fallait se conformer à toutes; qu'il résulte de la procédure et de l'arrêt attaqué, que la Nullité à laquelle il a été fait droit, n'avait pas été proposée *in limine litis*, et devant le tribunal correctionnel;

» Que, dès-lors, cette prétendue Nullité n'était plus proposable ni admissible d'après l'art. 173, qui veut que toute Nullité d'exploit soit couverte, si elle n'est proposée avant toute défense et toute exception;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».

Jean-Pierre Lades avait été cité à la requête de l'administration des forêts, devant le tribunal correctionnel de...., pour se voir condamner, comme responsable des faits de son métayer, à l'amende et à la restitution déter-

minées par l'art. 10 du tit. 32 de l'ordonnance de 1669.

L'exploit de citation n'avait été enregistré, ni dans les quatre jours de sa date, ni depuis. Mais Jean-Pierre Lades ne fit point attention à ce vice de forme; il se défendit au fond purement et simplement.

Par le jugement qui intervint, et qui énonça comme non enregistré l'exploit de citation, le métayer et Jean-Pierre Lades furent condamnés solidairement.

Jean-Pierre Lades appela de ce jugement; et la cause portée à l'audience de la cour de justice criminelle du département du Tarn, il fit valoir, pour la première fois, la Nullité de la citation.

L'administration des forêts soutint inutilement qu'il l'avait couverte par sa défense au fond devant le tribunal correctionnel. Par arrêt du 8 avril 1811, la cour de justice criminelle déclara la citation nulle et renvoya Jean-Pierre Lades.

Mais sur le recours en cassation de l'administration des forêts, arrêt du 24 mai suivant, au rapport de M. Basire, qui,

« Vu l'art. 10 du tit. 32 de l'ordonnance de 1669;

» Attendu que le délit prévu par cet article, a été constaté, dans l'espèce, par un procès-verbal régulier; que toute Nullité d'exploit est couverte, si elle n'a été proposée avant toute défense ou exception autre que celle d'incompétence;

» Qu'abstraction faite de la question de savoir si la Nullité fondée sur le défaut d'enregistrement de l'exploit introductif, en supposant qu'elle eût été régulièrement proposée, pouvait être admise relativement à un exploit introductif d'une poursuite correctionnelle pour délit forestier; il suffisait, dans l'espèce, pour la rejeter, qu'elle n'eût pas été proposée *in limine litis*, et devant le tribunal correctionnel où Lades s'était borné à contester et défendre au fond;

» D'où il suit qu'en prononçant cette Nullité, ainsi que la Nullité de tout ce qui s'en était ensuivi, et en affranchissant Lades de la responsabilité à laquelle il était assujéti par l'article précité, l'arrêt attaqué a violé l'art. 10 du tit. 32 de l'ordonnance de 1669, ci-dessus transcrit; casse et annulle.... ».

IV. Est-il nécessaire, en matière civile, que la Nullité d'exploit soit articulée précisément, avant l'audience, par un acte d'avoué à avoué?

Le sieur Brunet avait fait signifier au sieur Pontal fils, un exploit d'appel d'un jugement rendu par le juge de paix du bourg de Saint-Andéol; mais son huissier avait oublié d'énoncer dans la copie de cet exploit, le nom de la personne à qui il l'avait remise.

Le 9 janvier 1809, le sieur Pontal fils constitue, sur cet appel, un avoué qui en fait la dénonciation à celui de l'appelant, avec déclaration qu'il occupera pour l'intimé, *sous protestation de Nullité et cassation de l'acte d'appel et de tout ce que de droit.*

Deux jours après, l'avoué du sieur Pontal fait signifier à celui du sieur Brunet un avenir pour proceder, *sous toutes protestations de droit.*

La cause portée à l'audience, le sieur Pontal se borne à demander l'annullation de l'exploit d'appel.

Le sieur Brunet répond que le moyen de Nullité n'a pas été proposé, avant l'audience, par un acte formel d'avoué à avoué; qu'ainsi, il est couvert.

Le 31 janvier 1809, jugement qui, adoptant cette défense, déclare le sieur Pontal non-recevable dans sa demande en Nullité.

Le sieur Pontal se pourvoit en cassation; et par arrêt du 6 novembre 1811, au rapport de M. Sieyes,

« Vu l'art. 173 du Code de procédure...;

» Attendu qu'il résulte des faits, des actes du procès et même du jugement attaqué en cassation, que, des deux actes émanés de Pontal avant l'audience, le premier, qui était la déclaration de constitution d'avoué, portait expressément ces mots, *sous protestation de la Nullité et cassation de l'exploit d'appel et de tout ce que de droit*; et l'autre signifié deux jours après pour sommer l'avoué de l'appelant de comparaître à l'audience, contenait aussi ces mots, *sous toutes protestations de droit*; et qu'ils ne contenaient l'un et l'autre aucune défense au fond; qu'il était encore justifié qu'à l'audience, l'avoué de Pontal n'en avait non plus allégué aucune, et qu'il avait de suite et uniquement excipé de la Nullité d'exploit dont il demanda l'annullation et à laquelle il conclut; que l'art. 173 ne déclare une Nullité de cette nature couverte, qu'autant qu'elle n'aurait pas été proposée avant toute autre défense ou exception, sauf celle de l'incompétence;

» Que, dans l'espèce, elle ne peut avoir été couverte par d'autres défenses ou exceptions, qui, de fait, n'ont pas existé et n'existent même pas en l'état du procès, de la part de Pontal, intimé; qu'il suit de-là que les juges, en substituant audit article une autre disposition que celle y contenue, ont, non-seulement

faussement appliqué la loi, mais qu'ils y ont formellement contrevenu;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».

Mais, remarquez que, pour que l'omission d'une formalite prescrite dans un exploit, à peine de Nullité, puisse donner ouverture à la cassation du jugement en dernier ressort qui a déclaré cet exploit valable, il ne suffit pas que le demandeur en cassation ait conclu, devant le tribunal dont ce jugement est émané, à ce qu'il fût déclaré nul; et qu'il faut que l'omission de laquelle en provenait la Nullité, ait été articulée en termes exprès. *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Cassation*, §. 37.

V. Ce n'est pas seulement en comparaissant sur une assignation nulle, sans en demander la Nullité, que la partie assignée couvre les vices de cette assignation : elle les couvre encore, en faisant, d'après cette assignation, des actes qui supposent nécessairement qu'elle la regarde comme valable.

Les sieurs Combe et Werbrouck étaient en instance devant le tribunal civil de l'arrondissement d'Anvers. Celui-ci ayant succombé, a interjeté appel du jugement, par acte signifié, non à la personne, non au domicile du sieur Combe; mais au domicile de l'avoué qui avait occupé pour ce dernier en première instance.

Le sieur Combe a fait anticiper le sieur Werbrouck, et par l'exploit d'anticipation, il l'a assigné « à comparaître devant la cour » d'appel de Bruxelles pour y plaider sur l'appel et entendre déclarer avoir été bien jugé » par le premier juge, mal appelé, en conséquence voir ordonner que ce jugement sortira son plein et entier effet ».

Dans ses défenses ultérieures et à l'audience, le sieur Combe a conclu à la Nullité de l'acte d'appel, à raison de la signification irrégulière qui en avait ete faite; et il a demandé que le sieur Werbrouck fut déclaré non recevable.

Le sieur Werbrouck a soutenu que la Nullité de l'acte d'appel avait été couverte par l'exploit d'anticipation....;

Par arrêt du 2 frimaire an 12, la cour de Bruxelles,

« Vu l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667,

» Et attendu que l'acte d'appel n'a été signifié ni à personne ni à domicile, et que l'on ne peut induire de l'exploit d'anticipation la renonciation de Combe, aux droits qui lui étaient acquis en conséquence de la Nullité de l'acte d'appel, parceque de pareilles renonciations sont de droit étroit, et que, dès-lors, elles doivent être faites d'une manière expresse, ou par un contrat judiciaire lequel ne peut avoir lieu que devant le juge,

» Déclare l'appel non-recevable ... ».

Le sieur Werbrouck se pourvoit en cassation, et le 14 janvier 1807, arrêt, au rapport de M. Botton, par lequel,

« Vu l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667;

» Et attendu qu'il est constant en fait, d'après l'arrêt dénoncé,

» 1°. Que, dans l'exploit du 3 thermidor an 11, Werbrouck s'était borné à déclarer qu'il appelait du jugement du 22 messidor;

» 2°. Que l'intimé, dans l'exploit d'anticipation du 8 thermidor, fit assigner lui-même l'appelant, pour qu'il vînt proposer ses griefs sur le fond, sans opposer, ni expressément, ni implicitement, la fin de non-recevoir prise de la nullité de la signification de l'exploit de déclaration d'appel;

» 3°. Que l'instance a été portée devant la cour de Bruxelles en conséquence du susdit exploit d'anticipation; d'où il suit que Combe avait admis lui-même l'appel de Werbrouck, et ne pouvait plus, après une pareille admission, opposer une fin de non recevoir qui se trouvait couverte par son propre fait;

» Attendu qu'en accueillant cette fin de non-recevoir, la cour d'appel de Bruxelles a faussement appliqué l'article précité de l'ordonnance de 1667;

» La cour casse et annulle.... ».

Aurait-on pu juger de même, si, sur l'appel relevé par Werbrouck, il n'y avait eu, de la part de Combe, qu'une simple présentation au greffe? *V.* l'article *Présentation*, n°. 3.

Qu'aurait-on dû décider, si Combe avait fait signifier sa constitution d'avoué à l'avoué constitué par Werbrouck dans son acte d'appel? *V.* Le plaidoyer et l'arrêt du 15 février 1815, rapportés aux mots *Domicile élu*, §. 1.

VI. Les vices de forme qui se trouvent dans la signification d'une contrainte décernée par la régie de l'enregistrement, se couvrent-ils par l'opposition formée à cette contrainte et basée uniquement sur les moyens du fond. *V.* le plaidoyer, et l'arrêt du 7 août 1807, rapportés à l'article *Enregistrement (Droit d')*, §. 3.

VII. Lorsqu'en posant les qualités et prenant des conclusions à l'audience, une partie assignée défend purement et simplement au fond, est-elle censée renoncer à la Nullité d'exploit qu'elle avait précédemment fait valoir par une requête? Et [illegible]ut-elle encore re-

produire cette Nullité par une requête postérieure?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 22 avril 1806, rapportés à l'article *Loi*, §. 5, n°. 9.

La partie qui ne reproduit pas dans sa plaidoirie un vice de forme qu'elle a allégué par les conclusions qu'elle a prises à l'audience, est-elle censée renoncer à la Nullité qui résulte en sa faveur de ce vice de forme?

V. le plaidoyer du 7 août 1811, rapporté, aux mots *Saisie immobilière*, §. 6, art. 2, n°. 11.

VIII. La Nullité d'une enquête, lorsqu'elle provient du vice de forme de l'assignation donnée à la partie adverse pour y assister, est-elle couverte par le seul fait que cette partie a procédé, purement et simplement et sans protestation, à sa contre-enquête?

Le 12 juillet 1808, arrêt de la cour d'appel de Douai, qui admet les sieurs Dusaultoir et consorts à faire preuve par témoins de faits contestés entr'eux et le sieur Remond, sauf à celui-ci la preuve contraire.

Le 1er. aout suivant, les sieurs Dusaultoir et consorts obtiennent une ordonnance pour faire procéder à leur enquête.

Le lendemain, le sieur Remond obtient aussi une ordonnance pour faire procéder à sa contre-enquête.

Le 6, les sieurs Dusaultoir et consorts font assigner le sieur Remond, au domicile de son avoué, pour assister à leur enquête; mais dans l'exploit d'assignation, leur huissier omet de déclarer à qui il a parlé en le signifiant et à qui il en a remis la copie.

Les choses en cet état, les sieurs Dusaultoir et consorts font entendre leurs témoins le 12.

Le 22, le sieur Remond fait entendre les siens, sans parler de l'assignation qui lui a été donnée le 6, pour être présent à l'audition de ceux de ses adversaires, et sans en relever la Nullité.

Le 10 novembre suivant, il fait signifier sa contre-enquête; et se fondant sur la Nullité de l'assignation du 6 août, il demande la Nullité de l'enquête des sieurs Dusaultoir et consorts.

Ceux-ci répondent 1°. que l'art. 261 du Code de procédure civile n'exige pas, dans les assignations en matière d'enquête, la mention de la personne à qui l'huissier a parlé; qu'ainsi, l'exploit du 6 août n'est pas nul; et que, par suite, l'enquête est valable; 2°. que, si l'exploit était nul, la Nullité en serait couverte par l'aveu fait à l'audience par l'avoué du sieur Remond, qu'il avait reçu la copie de l'assignation, et qu'il l'avait remise au sieur Remond lui-même, avant le jour fixé pour l'enquête; 3°. qu'elle serait encore couverte par la contre enquête à laquelle le sieur Remond avait fait procéder, avant de critiquer l'assignation.

De ces trois moyens de défense, la cour d'appel de Douai rejette le premier; mais elle adopte les deux autres; et par arrêt du 12 juin 1809, elle déboute le sieur Remond de sa demande en Nullité.

Le sieur Remond se pourvoit en cassation; et le 24 décembre 1811, arrêt, au rapport de M. Babille, par lequel,

« Vu les art. 61 et 261 du Code de procédure civile;

» Et attendu que l'assignation pour assister à une enquête, notifiée conformément à l'art. 261 ci-dessus, au domicile de l'avoué constitué est assujétie aux mêmes formalités que l'assignation donnée au domicile réel de la partie, et doit par conséquent, aux termes de l'art. 61, déclarer, à peine de nullité, sur la copie comme sur l'original, à qui cette copie a été laissée; et qu'ainsi, l'assignation donnée à Remond, pour assister à l'enquête, aurait dû être déclarée nulle, puisque la copie laissée à l'avoué constitué par Remond, ne dit pas à qui elle a été remise;

» Que cette Nullité, expressément reconnue par l'arrêt attaqué, n'a pu être ensuite déclarée couverte, ni par la déclaration faite en jugement par l'avoué de Remond, qui, quoique présent à l'audience, ne l'a pas contredite, que cette copie lui avait été remise, et qu'il l'avait ensuite rendue à Remond avant le jour fixé pour l'enquête, ni par la contre-enquête faite depuis par celui-ci,

» 1°. Parceque la formalité du *parlant à...* étant intrinsèque et essentielle dans un exploit d'assignation, doit être constatée par l'acte même, et ne peut être suppléée par aucun témoignage et aucun aveu;

» 2°. Parcequ'une contre-enquête n'est point une de ces défenses au fond qui puisse couvrir une Nullité primitive;

» Que, pour qu'une telle Nullité puisse être ainsi couverte, il faut que la défense fournie soit la suite nécessaire de l'assignation qu'on voudrait ensuite faire déclarer nulle;

» Mais que, dans l'espèce, il n'en est pas de même de la contre enquête à laquelle il a été procédé; qu'il n'y a pas été procédé en vertu de l'assignation ensuite arguée de Nullité; qu'il n'y a été procédé qu'en vertu d'une ordonnance *ad hoc* qui l'a permise, et en exécution de laquelle Remond a dû lui-même faire assigner sa partie adverse; en sorte que

cette contre-enquête ne dérivant en aucune manière de cette assignation nulle, en étant absolument indépendante, n'a pu avoir l'effet de couvrir la Nullité de cette assignation :

» D'où il suit que l'arrêt a faussement appliqué l'art. 173 ci-dessus rappelé, et violé par suite les art. 61 et 261 également rappelés;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ».

IX. Peut-on, après avoir gardé le silence en cause d'appel, sur les Nullités de forme d'un jugement de première instance, les alléguer comme moyens de cassation contre l'arrêt confirmatif de ce jugement?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 20 thermidor an 13, rapportés à l'article *Renonciation à une succession future*, §. 3, ainsi que le plaidoyer et l'arrêt du 17 mai 1810, rapportés dans mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Nantissement*, §. 2.

X. Peut-on, en matière correctionnelle, employer comme moyen de cassation, une Nullité de forme qui a été commise en première instance, et qu'on n'a point relevée en cause d'appel? Y a-t il, à cet égard, quelque différence entre la partie publique et le prévenu?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 24 août 1807, rapportés aux mots *Témoin judiciaire*, §. 1, art. 4, n°. 3, et celui du 2 septembre 1813, rapporté sous les mêmes mots, §. 2, n°. 10.

XI. Au surplus, il y a, sur toute cette matière, une distinction importante à faire. *V.* le plaidoyer du 3 décembre 1812, rapporté aux mots *Inscription de faux*, §. 6, et mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Inscription de faux*, §. 4.

XI *bis*. La nullité d'un état de collocation provisoire en matière d'ordre, est-elle couverte par le silence que gardent pendant un mois les parties à qui la confection en a été notifiée? *V.* l'article *Saisie immobilière*, §. 8, n°. 4.

XII. Du principe que les Nullités respectives sont couvertes par le consentement des parties intéressées, il résulte qu'un testament nul, soit dans la forme, soit par défaut de capacité dans le testateur, est valide par l'exécution qu'en fait volontairement et en connaissance de cause, l'héritier dont il blesse les droits. *V.* les articles *Legs*, sect. 2, §. 1, *Acte sous seing-privé*, §. 2, *Testament*, sect. 2, §. 5; et mon *Recueil de questions de Droit*, au mot *Testament*, §. 18.]]

Il en résulte encore que l'approbation de l'héritier en faveur duquel sont établies les réserves coutumières, efface absolument la Nullité des dispositions faites à son préjudice. (*V.* l'article *Clause privative*).

Il s'est présenté à ce sujet une espèce remarquable dans la coutume de la châtellenie de Lille.

Jean-Eloi Deleruyelle avait fait, le 26 avril 1720, un testament olographe, par lequel il avait nommé pour sa légataire universelle Anne-Angélique Waterlos, sa nièce et unique héritière présomptive, mariée au sieur Walrave, « à charge de ne pouvoir vendre, aliéner, » ni autrement disposer des biens, mais que » tout serait substitué ».

Il avait appelé à cette substitution les enfans de sa nièce, et, au cas qu'elle vînt à mourir sans enfans, ce qui est arrivé, tous ses cousins germains Morteleque, enfans de Marguerite Deleruyelle, sa tante, ou leurs enfans par représentation.

Après cette disposition, le testateur, instruit que la coutume de la châtellenie de Lille annulle toutes les dernières volontés qui ont des immeubles pour objet, avait prévu que sa nièce pourrait anéantir la substitution, en répudiant le legs et en se tenant à la qualité d'héritière *ab intestat*; pour prévenir cet inconvénient, il s'était exprimé ainsi : « Je » veux que ma nièce et son mari donnent, dans » les six semaines de mon décès, un acte con» tenant qu'ils approuvent ma disposition des » dits fiefs et héritages avec les substitutions, » charges et conditions y reprises; moyennant » quoi je leur donne et remets tout ce que je » pouvais prétendre à leur charge....; sinon et » à faute de ladite approbation, pour indem» niser lesdits Morteleque de ce qu'ils seraient » privés de l'espérance de venir à la substitu» tion desdits deux fiefs et héritages, je leur » donne ma maison que j'occupe (réputée » meuble par la coutume locale de Lille); je » leur lègue aussi les pièces de terre que je » delaisserai, qui sont réputées meubles par » quelques coutumes particulières; je leur » donne de plus, dans le même cas, tous les » biens réputés meubles, catteux, edifices et » bois montans qui se trouvent sur mes autres » immeubles; je leur donne de plus tout ce » que ma nièce me doit, pour jouir et profiter » de tout aussitôt mon trépas, avec les dom» mages et intérêts. Mais, audit cas d'appro» bation, lesdits legs et donations viendront à » cesser ».

La dame Walrave s'est soumise à cette disposition par acte notarié du 3 mars 1721.

Après sa mort, quelques-uns des enfans Morteleque, appelés à la substitution, se sont

présentés pour recueillir à ce titre les biens qu'elle laissait : mais d'autres, entre lesquels était Matthieu Morteleque, trouvant plus d'avantage à prendre ces biens comme héritiers *ab intestat* de la défunte, ont renoncé à la succession des meubles et des biens réputés tels, et, en conséquence, ont soutenu que la substitution était contraire à la coutume, qu'ainsi elle était radicalement nulle, et que l'approbation qu'y avait donnée la dame Walrave n'avait pu couvrir cette Nullité, relativement à ceux de ses propres héritiers qui n'appréhendaient aucun de ses biens disponibles.

Cet étrange système a prévalu, on ne sait comment : par arrêt du parlement de Flandre du 26 janvier 1765, au rapport de M. Cordier, ceux des enfans Morteleque qui réclamaient l'effet de la substitution ont été déboutés de leurs demandes et condamnés aux dépens.

Douze ans après cet arrêt, les enfans mineurs de Matthieu Morteleque, en faveur de qui il avait été rendu, ignorant et sa décision et son existence, ont élevé une prétention directement contraire à celle de leur père. Comme il restait encore dans la succession de la dame Walrave quelques biens à partager entre les Morteleque et le sieur Lallier, parent au même degré qu'eux du côté de la mère de Jean Eloi Deleruyelle, les mineurs Morteleque ont prétendu l'exclure en vertu de la substitution faite à leur profit par le testament rappelé ci-dessus.

L'affaire portée au parlement de Flandre, par appel d'une sentence interlocutoire du bailliage de la salle de Lille, on faisait valoir pour le sieur Lallier les mêmes raisons qu'avait autrefois employées Matthieu Morteleque ; et l'on ne citait pas l'arrêt qui les avait adoptées en 1775 ; on n'en avait aucune connaissance.

De mon côté, voici en substance ce que je disais pour les mineurs Morteleque :

« L'indisponibilité des biens régis par la coutume de la châtellenie de Lille, n'est ni illimitée ni absolue. Elle n'est point illimitée, puisqu'elle n'a lieu que pour les actes de dernière volonté ; car l'art. 1 du tit. 10 de cette loi municipale autorise toute espèce de disposition entre-vifs. Elle n'est point absolue, puisqu'elle n'a été introduite que pour l'intérêt des héritiers, et que, suivant la maxime, *quisque renunciare potest favori pro se introducto*, il dépend de ceux-ci de l'effacer par leur consentement. Ainsi, quoique les dispositions, et par conséquent les substitutions testamentaires soient prohibées dans la châtellenie de Lille, elles peuvent néanmoins être validées par l'approbation tacite ou expresse de l'héritier ; c'est-à-dire, ou par l'acceptation qu'il fait des biens disponibles du défunt, ou par le consentement exprès et formel qu'il donne à ces sortes d'actes. C'est la décision de la loi 16, C. *de testamentis*, au Code : *Illud etiam adjiciendum est ut qui ex testamento vel ab intestato heres extiterit, etsi voluntas defuncti circà fideicommissa legibus non sit subnixa, tamen si suâ sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat.* C'est aussi ce qu'on juge constamment dans toutes les coutumes qui interdisent les substitutions ou autres dispositions testamentaires. Brodeau, lettre L, §. 6, en rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 28 mars 1631, rendu dans la coutume d'Auvergne. Maillart, sur l'art. 74 de la coutume d'Artois, nous en fournit deux autres des 26 août 1695 et 14 juin 1704, rendus dans la coutume d'Artois, pour la maison de Sainte-Aldegonde.

» Il faut donc tenir pour constant que la substitution ordonnée par le testament de Jean-Eloy Deleruyelle, quoique nulle dans son principe, est devenue valable, tant par l'immistion de l'héritière dans les biens libres du testateur, que par l'acceptation expresse et formelle qu'elle en a faite le 9 mars 1722.

» Reste à faire voir que cette substitution n'a pas seulement dû produire son effect contre la dame Walrave, mais qu'elle doit encore l'opérer contre ses héritiers même immobiliers.

» Il est étonnant qu'une proposition aussi simple et aussi évidente fasse en ce moment la matière d'une contestation sérieuse. Quoi de plus absurde, en effet, que de vouloir attribuer à un héritier immobilier plus de droit que n'en avait le défunt à qui il succède ? La dame Walrave n'a eu qu'une propriété bridée des biens litigieux ; comment pourrait-elle en avoir transmis la propriété pure et simple au sieur Lallier ? Elle ne les a possédés qu'à la charge de les faire passer à sa mort sur la tête des héritiers Morteleque ; comment aurait-elle pu les transmettre à d'autres ?

» En vain le sieur Lallier oppose-t-il qu'il n'est pas héritier mobilier de la dame Walrave, qu'il n'a rien pris dans ses biens disponibles, que par conséquent il n'est pas tenu de respecter l'acceptation qu'elle a faite de la substitution ; il ne faut pas de grands efforts pour détruire cette objection.

» Lorsqu'un héritier légitime accepte les dispositions testamentaires de son auteur, il consomme et son propre droit et celui de toutes les personnes qui pourraient dans la suite prétendre de son chef aux biens du défunt. C'est sur cette acceptation que se règlent, après

sa mort, les intérêts de ses héritiers respectifs, sans distinguer ceux qui sont obligés à l'entretien de ses contrats ou quasi contrats, d'avec ceux qui n'y sont pas tenus, parceque les uns comme les autres ne peuvent venir que de son chef à la succession qui lui a été dévolue, et que par conséquent ils ne peuvent ni y avoir de plus grands droits qu'il n'en a eu lui-même, ni changer ou anéantir la condition sous laquelle il a consenti que cette succession lui fût déférée.

» Veut-on un exemple et en même temps une preuve de cette vérité?

» Lorsqu'un héritier présomptif, en ligne collatérale, prend à titre de legs un bien qu'il aurait pu recueillir en vertu de la loi, il est constant que ce bien perd entre ses mains la qualité de propre qu'il avait entre celles du défunt, et qu'à sa mort, c'est son plus proche parent qui y succède, sans que l'héritier aux propres de la ligne du testateur qui le lui a légué, puisse y prétendre.

» Il le pourrait néanmoins, si l'objection qu'on nous oppose était fondée: il pourrait dire, comme notre adversaire, qu'il n'est point tenu d'entretenir les contrats du défunt; et, comme notre adversaire, il conclurait de là que l'acceptation faite par le défunt du legs d'un propre qui lui est déféré par la loi, ne peut pas lui préjudicier. Pourquoi cependant n'a-t-on jamais vu former de pareille prétention en justice? C'est parceque tout le monde est persuadé que l'héritier immédiat consomme entièrement son droit par l'acceptation qu'il fait du legs, et que les successions se partagent toujours dans l'état où elles se trouvent.

» D'ailleurs, la coutume de la châtellenie de Lille ne soumet pas moins les héritiers immobiliers que les héritiers mobiliers, à l'entretien des contrats et quasi-contrats du défunt: seulement elle accorde aux premiers une action en recours contre les seconds; et les mineurs Morteleque ne sont pas plus héritiers mobiliers de la dame Walrave que leur adversaire.

» Ce n'est pas tout. On ne peut disconvenir, et la coutume établit nettement, tit. 10, art 1, que la dame Walrave pouvait vendre, donner, échanger, substituer par acte entre vifs les biens qui lui étaient dévolus *ab intestat* par la mort de son oncle. En prenant ces biens à titre de légataire universelle, et en approuvant la substitution dont son oncle l'avait grevée, elle a fait un acte entre-vifs, et si vraiment entre-vifs, qu'elle s'en est fait un titre pour retenir les biens disponibles du testateur légués aux Morteleque: il n'est pas possible de concevoir qu'une telle approbation soit un acte à cause de mort; car jamais un acte à cause de mort n'a servi à son auteur de titre pour acquérir; d'ailleurs, les lois disent expressément que l'adition d'hérédité est un quasi-contrat, *videtur contrahere qui adit hereditatem.*

» Il y a quelque chose de plus encore. Le sieur Lallier est forcé de convenir que la dame Walrave, en approuvant la substitution, s'est imposé à elle-même un lien qui l'a empêchée d'aliéner les biens substitués. Cependant si ces biens n'avaient pas dû appartenir totalement aux Morteleque, si le sieur Lallier avait pu les réclamer après sa mort, elle aurait été libre d'en disposer entre-vifs, nonobstant son approbation; car il est de principe que la défense d'aliéner n'a point d'effet quand le bien qui en est l'objet, n'est pas valablement fidéicommissé au profit de celui pour qui elle est introduite. C'est ce que décide la loi 114, §. 14, D. *de legatis* 1°.

» En un mot, l'incapacité de la dame Walrave, d'aliéner les biens dont il s'agit, après avoir approuvé la substitution, et le droit des Morteleque de les recueillir en totalité après son décès, sont deux corrélatifs liés ensemble si étroitement, qu'il n'est pas possible de les séparer sans les détruire. Otez l'effet que devait produire la substitution au profit des Morteleque après la mort de la dame Walrave, vous détruisez l'inaliénabilité, vous brisez les liens dans lesquels la dame Walrave s'est, pour ainsi dire, enchaînée elle-même. Serait-il donc possible que ces liens n'eussent eu pour elle aucune force? Peut-on penser qu'elle ait été libre d'aliéner, après avoir confirmé la substitution par le consentement le plus authentique? Lui supposer un pareil pouvoir, ce serait heurter de front les principes, les lois, les arrêts et la doctrine de tous les auteurs. Les principes nous disent qu'un héritier légitime peut approuver avec effet les dispositions illégales du défunt, parcequ'il est permis à tout le monde de renoncer à ses propres avantages. La loi du Code, citée plus haut, veut que celui qui approuve un testament, *etsi voluntas defuncti circà fideicommissa legibus non sit subnixa, tamen implendi eam necessitatem habeat.* Les arrêts jugent constamment la même chose, et tous les auteurs n'ont qu'une voix sur cette matière.

» Dans la foule des arrêts qui ont décidé que les substitutions de biens indisponibles sont confirmées par le consentement de l'héritier, à l'égard même des personnes qui ne sont pas tenues d'entretenir ses contrats ni de garantir ses faits, nous en remarquons trois qui ont été rendus dans la coutume même de

la châtellenie de Lille. Desjaunaux, tome 3. §. 381, en rapporte deux des 6 novembre 1687 et 10 mai 1703, qui décident *que les créanciers d'une personne qui a accepté une succession avec la charge d'un fidéicommis ordonné par le testateur, ne peuvent disputer ledit fidéicommis du chef que le testateur n'aurait pu fidéicommisser son bien par testament.* De Baralle en rapporte un autre, du 14 juillet 1690, par lequel on a jugé que le sieur de Gavelens avait confirmé par son approbation le fidéicommis dont son père et sa mère avaient chargé des biens indisponibles, et qu'en conséquence le sieur de Breucq, à qui il avait vendu une partie de ces biens, était non-recevable à contester la validité de ce fidéicommis, en vertu duquel on formait contre lui une demande en délaissement.

» Ces trois arrêts ont, comme on le voit, décidé clairement que des personnes non sujettes à la garantie et à l'entretien des faits et contrats d'un héritier, ne laissent pas d'être obligées de respecter l'approbation qu'il a donnée à une substitution de biens indisponibles, auxquels elles voudraient venir de son chef ».

Ces moyens faisaient espérer aux mineurs Morteleque une décision favorable, et tous les magistrats paraissaient les regarder comme péremptoires: mais, au moment où la cour allait prononcer, le sieur Lallier est venu produire l'arrêt de 1761, avec plusieurs pièces dont il résultait que le père des mineurs avait renoncé à la substitution, et par conséquent consommé tout le droit qu'ils auraient pu y prétendre de son chef. Cette production inattendue a changé toute la face de l'affaire; et par arrêt du 13 décembre 1779, au rapport de M. l'abbé Evrard, les Morteleque ont été déclarés non-recevables dans leur demande.

XIII. Pour que le consentement d'une partie intéressée couvre et efface une Nullité respective, il faut 1° que la partie ait toutes les qualités requises pour contracter l'obligation ou faire l'aliénation qui résulte de son consentement; 2° que ce consentement soit donné dans un temps où n'existe plus la cause qui a vicié originairement l'acte principal.

Ainsi, la Nullité d'une donation entre époux ne serait pas couverte par la ratification qu'en ferait le mari pendant le mariage, quand même cette ratification contiendrait une renonciation expresse et formelle au droit de révoquer la donation. C'est ce qu'établit la loi 5, D. *de pactis dotalibus*.

Par la même raison, le consentement que les héritiers présomptifs du mari donneraient, pendant le mariage, à une donation qu'il aurait faite à sa femme, ne les rendrait pas non-recevables à la faire déclarer nulle après la dissolution du mariage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 3 avril 1543, cité par Charondas sur l'art. 200 de la coutume de Paris; par un autre du grand conseil de Malines, du 20 juillet 1617, rapporté par Dulauri; et par un troisième du parlement de Flandre, rapporté dans le Recueil de Desjaunaux, sous la date du 9 août 1703.

[[*V.* le Code civil art. 1338 et 1340; et ce que je dis aux mots *Conventions matrimoniales*, §. 2; *Mariage*, sect. 3, §. 1, n°. 3; et *Ratification*.]]

§. IV. *Des effets des Nullités.*

I. L'effet des Nullités, suivant le sens naturel de ce mot, doit être de vicier tellement les actes, qu'on les regarde comme non avenus, et qu'il n'en puisse rien résulter: c'est d'après cela que s'est introduite la maxime, *quod nullum est, nullum producit effectum.*

Cette maxime n'est cependant pas toujours vraie; on peut en juger par ce que dit Fuet dans son *Traité des matières bénéficiales*, sur la question de savoir si une collation nulle de la part de l'ordinaire, empêche la prévention du pape:

« Les canonistes distinguent entre ce qui est nul de soi, et ce qui doit être annulé ou par une sentence, ou par la plainte d'un tiers.... Tous les auteurs conviennent que la première collation de l'ordinaire, qui n'est pas nulle de soi, mais qui peut être annulée, empêche la prévention du pape; ainsi la collation faite par l'ordinaire, sans attendre la présentation du patron, celle qui est faite à un absent qui n'a pas encore accepté, celle qui est faite à un incapable, comme, par exemple, si l'ordinaire avait conféré un bénéfice vacant dans les mois affectés aux gradués simples ou nommés, à une personne non qualifiée, toutes ces collations subsistant par elles mêmes, quoiqu'elles puissent être annulées, soit par la présentation du patron ecclésiastique dans les six mois, ou du patron laïque dans les quatre mois, soit par la démission ou refus de l'absent, soit par la réquisition d'un gradué, arrêtent la prévention du pape, à l'effet de faire jouir, ou le nommé par le patron, ou le gradué qui requiert postérieurement à la prévention du pape; parceque cette collation faite par l'ordinaire, à qui elle appartient de droit commun, et qui a droit de dévolution en cas de négligence ou de mauvais choix, lie les mains du pape, et empêche qu'il ne puisse prévenir,

non-seulement en faveur du pourvu par l'ordinaire, dont les provisions sont nulles, mais encore en faveur d'un tiers qui n'a qu'un droit postérieur, et qui n'en avait point, ou du moins n'en avait qu'un fort éloigné, lors de la provision du pape.

» Mais lorsque la collation de l'ordinaire est absolument nulle, c'est-à-dire, lorsqu'elle est faite par un collateur qui n'est pas l'ordinaire du patron ou du gradué, ou à qui le droit de collation du bénéfice n'appartient point, les canonistes sont encore partagés. Les uns veulent que, si la Nullité ne vient que de l'incapacité, indignité ou autre défaut du pourvu, la collation émanée de celui qui a pouvoir de conferer, quoique nulle, empêche la prévention du pape; les autres soutiennent qu'une collation nulle ne doit produire aucun effet, pas même celui d'empêcher la prevention du pape. Cette question paraît encore indécise; cependant je serais assez du sentiment de ceux qui soutiennent que la collation faite par le véritable collateur qui a droit, quoiqu'il ait conferé à un indigne, doit arrêter la prévention.

» On voit, par là, qu'il y a bien de la différence entre un acte qui est nul de soi, *ipso jure, ipso facto*, et celui qui n'est nul que par accident et qui doit être annulé, *qui venit annullandus, eo cujus interest conquerente*; et que la maxime de droit, qui dit que ce qui est nul de soi, ne peut produire aucun effet, et que c'est la même chose de ne rien faire, ou de ne pas faire ce qu'on doit selon les règles, souffre des exceptions, parce qu'un acte qui ne peut subsister de soi et qui n'est nul que par la considération de l'intérêt d'un tiers, au moment qu'il est fait, doit arrêter la prévention ».

C'est par la même distinction que Dunod résoud la question de savoir si un titre nul peut servir de fondement à la prescription :

« Le titre nul d'une Nullité absolue (dit il) n'a jamais transféré le domaine, ni pu mettre le possesseur ou ses héritiers en bonne foi; ainsi, lorsqu'il paraît, on n'a aucun égard à la possession qui l'a suivi.

» Les actes dont la Nullité n'est que respective, produisent une obligation naturelle, et ne sont pas même toujours nuls de plein droit à l'égard de la partie intéressée; car il faut souvent qu'elle les fasse rescinder, comme il arrive dans les contrats faits par crainte.

» Ces actes sont translatifs du domaine, lorsqu'ils ont été accompagnés de la tradition; et ils forment du moins un titre putatif et coloré, à l'ombre duquel l'acquéreur peut se croire le maître et posséder de bonne foi.

» La prescription de trente ans ne reçoit point d'obstacle de la défense d'aliéner les choses qui sont dans le commerce; et de la Nullité qui résulte d'un défaut de formalité ou de la faveur d'un particulier, qui ne peut être ni suppléée par le juge, ni proposée par un tiers, parceque cette Nullité est simplement respective, et ne produit qu'une action qui s'éteint par le laps de trente ans ».

[[L'art. 2267 du Code civil confirme implicitement cette doctrine : en disant que « le » titre nul par défaut de forme, ne peut servir » de base à la prescription de dix ou vingt » ans », il fait clairement entendre qu'il en est autrement de la prescription trentenaire.]]

Au surplus, *V.* ci-après, §. 8.

II. Il y a, dans les procédures, des Nullités qui portent leurs effets plus loin les unes que les autres. « Les unes (dit Serpillon) n'influent que sur un acte unique; alors, il n'y » a que cet acte unique qui soit nul. Mais il y » a des Nullités qui infectent toute une pro» cedure ».

III. Des raisons d'équité ou de bien public portent quelquefois les juges, et surtout les juges souverains, à laisser subsister ce qui a été fait par suite même directe et immédiate des actes qu'ils déclarent ou doivent déclarer nuls.

Ainsi, par arrêt du 15 avril 1776, rapporté au mot *Clain*, §. 1, le parlement de Flandre a déclaré nul, avec dépens, dommages et intérêts, un emprisonnement pratiqué contre les formes légales, et néanmoins a ordonné que le débiteur tiendrait prison jusqu'au plein paiement de la dette pour laquelle il était arrêté et qu'il avouait

Ainsi, par arrêts des 27 juillet 1762, 9 mars 1763, 30 janvier 1716 et 18 juillet 1780, rendus dans la coutume de Lille, la même cour a déclaré valables les emprisonnemens de débiteurs insolvables ou qui méditaient la fuite, quoiqu'on y eût négligé la plupart des formalités requises en cette matière (1),

Ainsi, quoique les cours déclarent souvent nulles des procédures criminelles, depuis la plainte inclusivement jusqu'à la sentence définitive, cependant si les accusés ont été arrêtés en vertu des decrets prononcés dans ces procédures, elles ne les mettent pas pour cela

(1) [[Ces quatre arrêts et celui du 15 avril 1776 sont plutôt des actes de despotisme que des décisions judiciaires. Les cours supérieures ne sont que les organes de la loi : elles ne peuvent pas maintenir des actes que la loi leur commande d'annuler; et si, aujourd'hui, elles se permettaient encore un tel excès de pouvoir, la cour de cassation ne manquerait pas de le réprimer.]]

en liberté; mais elles ordonnent qu'ils seront transférés sous bonne et sûre garde, dans les prisons des juges qu'elle nomment pour recommencer l'instruction, à moins que la nature du délit ou le défaut de charges apparentes ne déterminent à prononcer autrement.

Ainsi, lorsqu'on déclare nuls quelques actes particuliers d'une instruction criminelle, on ne laisse pas, surtout s'ils sont du nombre de ceux qui ont la preuve pour objet, d'ordonner qu'ils seront joints au procès pour servir de mémoire.

IV. Une observation importante pour les cours souveraines, dans les matières criminelles, est que rarement elles cassent les procédures qui ne roulent que sur des cas légers. « Si peu qu'il en résulte de preuve et qu'il y » ait de procédure valable (dit Serpillon), » elles évoquent et jugent à l'audience, pour » tirer les parties des procès qu'il est impor- » tant pour le bien public d'assoupir ». *V.* l'ar- » ticle *Évocation*, §. 2.).

[[V. Les actes nuls sont ils soumis au droit d'enregistrement, comme s'ils étaient valables? *V.* l'article *Enregistrement* (*droit d'*), §. 3.

VI. La Nullité d'un acte couvre-t-elle le faux dont il est entaché? *V.* l'article *Faux*, sect. 1, §. 24]].

§. V. *L'officier public qui commet une Nullité dans un acte, en est-il garant envers les parties intéressées à ce que l'acte soit valable?*

I. Cette question est assez simple dans la thèse générale, et nous en trouvons la solution dans la loi 1, D. *si mensor falsum modum dixerit*. Cette loi établit d'abord que l'action de louage ne peut pas être exercée contre les personnes dont les travaux tiennent plus à l'esprit qu'au corps, et qui, par cette raison, n'en reçoivent la rétribution qu'à titre d'honoraires; et de là elle conclud que ces personnes ne sont garantes que de leur dol; en sorte que, si elles commettent quelque faute par impéritie ou négligence, c'est à la partie qui les a employées, à s'imputer de n'en avoir pas choisi de plus instruites ou de plus attentives. Mais elle ajoute que la faute lourde est à cet égard assimilée au dol. *Ideò autem hanc actionem proposuit* (prætor), *quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco præberi: et id quod datur ei ad remunerandum dari, et indè honorarium appellari.... Hæc actio dolum malum duntaxat exigit; visum est enim satis abundèque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis qui civiliter obligatus non est. Proindè si imperitè versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit; sed et si negligenter, æquè mensor securus erit. Lata culpa planè dolo comparabitur.*

La loi 19, C. *de testamentis*, paraît contraire à ce texte, au moins par rapport aux officiers publics qui reçoivent des testamens. Elle porte qu'un testament n'est valable qu'autant que le testateur écrit de sa main, ou déclare d'une voix intelligible, le nom de l'héritier qu'il institue; et elle prononce la peine de faux contre les notaires qui négligent cette formalité: *scituris et tabellionibus et his qui testamenta conficienda procurant, quod si aliter facere ausi fuerint, pœnam falsitatis non evitabunt, quasi dolosè in tam necessariâ causâ versati.*

Mais on le voit clairement, cette loi ne détruit pas le principe établi par celle qu'on a rapportée précédemment; on peut même dire qu'elle le confirme, puisque, pour rendre un notaire responsable de l'omission d'une formalité, elle est obligée de supposer qu'il y a du dol de la part de cet officier, supposition qui forme en ce cas une présomption de droit à laquelle on est obligé, dans le droit romain, de donner un entier effet, mais qu'on ne peut pas étendre à d'autres espèces, sans violer essentiellement la maxime, que les lois contraires aux principes généraux, doivent être renfermées dans leurs termes précis.

Il faut donc tenir pour constant que la loi 1, D. *si quis falsum modum dixerit*, doit servir de règle sur la question proposée, et par conséquent qu'on ne peut pas en général rendre un officier quelconque garant d'une Nullité qu'il a commise par simple impéritie ou négligence.

II. La jurisprudence des arrêts est conforme à cette doctrine. Stockmans et Pollet rapportent deux arrêts des 26 janvier 1652 et 22 novembre 1706, par lesquels il a été jugé au conseil souverain de Brabant et au parlement de Flandre, qu'un juge ne peut pas être pris à partie pour avoir élargi imprudemment et indûment un débiteur arrêté et détenu en prison. (*V.* l'article *Prise à partie*).

III. Il a été rendu une foule d'arrêts semblables pour les notaires.

Brodeau, sur Louet, lettre 1, §. 9, en rapporte un du parlement de Paris, du 7 juillet 1575, par lequel un particulier a été débouté de sa demande en garantie contre la veuve d'un notaire qui avait reçu un contrat sans faire signer les parties ni les témoins.

Louet, au même endroit, nous en fournit un

autre de la même cour, du 28 juin 1604, qui met hors de cour sur la demande en garantie formée contre deux notaires, pour n'avoir pas exprimé valablement la renonciation d'une femme au sénatus-consulte Velleien. « Les » notaires qui avaient reçu le contrat (ce » sont les termes de l'arrêtiste), disaient » qu'ils n'étaient argués d'aucun dol ni de » chose approchante; que, si la cour avait, » par ses arrêts, cassé telles conventions sans » expresse renonciation, contenant l'exten- » sion du Velleien, c'était un point de droit » jugé, à la garantie duquel ils n'étaient au- » cunement tenus; qu'il n'y avait point de » leur faute: que leur minute portait qu'ils » avaient donné à entendre le contenu au » Velleien, ce qu'ils soutenaient avoir fait; » qu'il n'y avait loi, ordonnance, ni coutume » qui obligeat les notaires à telles extensions: » s'il y a eu quelques arrêts, ils ne sont point » venus à leur connaissance....; que les ar- » rêts qui avaient declaré telles renonciations » nulles, avaient, sur la sommation faite con- » tre les notaires, mis les parties hors de cour: » *novissimè*, l'arrêt donné en l'audience le » jeudi 12 août 1599: que l'arrêt donné en la » troisième des enquêtes, le 21 juillet 1595, » mettait sur telle sommation les parties hors » de cour: et enjoint aux notaires à l'ave- » nir de faire l'extension du Velléien à peine » d'en répondre en leur nom; que la con- » dition des notaires serait, en ce particulier, » misérable de les rendre responsables » d'un contrat et contenu en icelui. Il fau- » drait chasser de la ville de Paris tous les » notaires..... ».

A la suite de cet arrêt, Brodeau en cite un du 16 février 1617, par lequel, « sur une » sommation faite à un notaire qui avait omis » des formalités essentielles à un testament, » en conséquence de quoi il avait été cassé, » les parties furent mises hors de cour et de » procès. Brodeau ajoute qu'il en a été rendu » un semblable le 30 avril 1633, au sujet d'une » donation dans laquelle le notaire n'avait ex- » primé l'acceptation que par un *etc.*

Bouguier en rapporte deux des 21 janvier 1605 et de l'an 1610, qui ont pareillement rejeté les demandes en dommages-intérêts formées contre des notaires qui dans l'espèce du second, n'avaient signé un testament que deux jour après le défunt.

Un arrêt du 7 mars 1684, rapporté au *Journal des Audiences*, a déchargé un notaire d'une demande en garantie, pour avoir énoncé dans une obligation passée par une femme, un arrêt d'autorisation qui ne se trouvait pas véritable.

Par un autre arrêt du 5 septembre 1758, rendu à la deuxième chambre des enquêtes, la même cour, en déclarant nul l'acte dont il était question au procès, a rejeté la demande en garantie qui avait été formée contre les héritiers du notaire dont l'impéritie avait causé la Nullité.

Denisart, au mot *Testament*, en rapporte un du 7 août 1759, qui a jugé de même: un notaire avait rédigé un testament hors la présence des témoins instrumentaires; et l'on ne pouvait pas disconvenir qu'il ne dût s'imputer, de ce chef, la Nullité de l'acte, puisque le testateur avait survécu plus de vingt-quatre heures à la rédaction. Néanmoins l'arrêt cité, en déclarant le testament nul, a mis hors de cour la demande en garantie formée par les héritiers institués contre le notaire.

Le parlement de Toulouse a jugé la même chose par arrêt du 8 avril 1743. Il s'agissait d'un notaire qui n'avait pas écrit lui même un testament: « On a jugé (dit Fargole) que » les notaires ne doivent pas répondre des » Nullités des actes, quoiqu'elles intervien- » nent par leur faute ».

Plus récemment néanmoins, le parlement de Paris s'est un peu écarté de cette jurisprudence. La dame Bérault, mineure, avait vendu au sieur Godefroy, par un acte passé devant notaire, et dans lequel elle se disait verbalement autorisée par son mari, qui était parti pour les îles, une maison moyennant 2,200 livres. L'acquéreur ayant réfléchi sur le danger de cette acquisition faite sans autorisation expresse du mari de la venderesse, a formé contre le notaire une demande en Nullité de l'acte, et a conclu à des dommages-intérêts. Sur cette demande, il est intervenu au châtelet d'Orléans une sentence qui a déclaré la vente nulle, a condamné le Notaire à 200 livres de dommages intérêts, et lui a enjoint de ne plus passer à l'avenir d'actes semblables, à peine d'interdiction. Le notaire a appelé de cette sentence, et il a été défendu par M. Minier, procureur du roi du bailliage du palais, [[aujourd'hui conseiller à la cour de cassation]]. Mais par arrêt du 22 décembre 1779, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, avocat général, la sentence a été confirmée purement et simplement.

Il y a d'ailleurs des arrêts de réglement qui assujétissent les notaires aux dommages-intérêts de certaines Nullités.

Brodeau en rapporte un du parlement de Paris, du 6 mars 1620, qui « fait défenses » aux notaires de plus insérer dans les con-

» trats et obligations conçus pour prêt, les » déclarations de majorité et extraits baptis» taires, sur peine de Nullité et d'en répondre » en leur propre et privé nom ».

On trouvera, sous le mot *Interdiction*, §. 6, n°. 8, un arrêt semblable, du 17 janvier 1662, concernant les contrats faits par des personnes interdites.

[[On peut voir, au même endroit, quelles sont là-dessus les dispositions de la loi du 25 ventôse an 11.

Remarquons encore que l'art. 16 de la même loi soumet les notaires aux dommages intérêts pour défaut d'approbation des interlignes, des renvois et des surcharges dans les actes qu'ils reçoivent (1); et que, par son 68e. article, cette loi, après avoir dit que « tout » acte fait en contravention aux dispositions » contenues aux art. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, » 64, 65, 66 et 67, est nul, s'il n'est pas re» vêtu de la signature de toutes les parties; » et (que) lorsque l'acte sera revêtu de la sig» nature de toutes les parties, il ne vaudra » que comme écrit sous seing-privé », ajoute : *sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant.*]]

IV. Les procureurs sont, à cet égard, de la même condition que les notaires. On trouve dans le recueil de Montholon, un arrêt du parlement de Paris, du 23 décembre 1589, qui met hors de cour sur la demande en garantie intentée contre un procureur, pour avoir oublié dans un appointement de conclusions sur procès en retrait lignager, de réitérer l'offre de *bourse*, *deniers à découvert et à parfaire*, conformément à la coutume de Paris : il est néanmoins à remarquer que cet arrêt a enjoint « aux procureurs de se » rendre dorenavant soigneux de faire lesdi» tes offres, à peine de dépens, dommages » et intérêts des parties ».

Les procureurs sont, au surplus, responsables des Nullités qu'ils commettent dans les décrets; on l'a ainsi réglé, pour les obliger à être attentifs sur ces sortes de procédures toujours importantes. Rousseaud de Lacombe, qui établit cette maxime, ajoute qu'un arrêt du 26 avril 1644 a condamné un procureur aux dommages-intérêts, pour n'avoir pas fait enregistrer au greffe des décrets, l'opposition de sa partie, dont il avait les pièces. On trouvera quelque chose de semblable à l'article *Interruption d'instance*.

[[L'art. 1031 du Code de procédure civile établit là-dessus une règle générale. *V.* le n°. suivant.]]

V. A l'égard des huissiers et sergens, il paraît qu'on les rend assez généralement responsables des Nullités qu'ils font dans leurs exploits, quoique l'ordonnance de 1667 ne les condamne qu'à 20 livres d'amende, lorsque leurs exploits sont déclarés nuls pour les causes marquées au tit. 2 de cette loi.

Il y a, dans le *Journal des Audiences*, deux arrêts des 10 juin 1704 et 12 mai 1705, qui condamnent, l'un par défaut, l'autre contradictoirement, un huissier à garantir un demandeur en retrait lignager, qui avait été débouté pour des Nullités d'ajournement.

L'art. 22 d'un arrêt de réglement du parlement de Flandre, du 16 septembre 1672, porte pareillement que les huissiers sont tenus d'exprimer dans tous leurs exploits les noms et surnoms des personnes à qui ils parlent et délivrent copie, « à peine de Nullité » et de recommencer par l'exploiterà ses frais » et dépens, outre la refusion des dommages » et intérêts de la partie, s'il y echet ». On trouve dans le même arrêt une foule d'autres dispositions qui prononcent les mêmes peines.

Il y a encore un arrêt du parlement de Paris, du 1er. juillet 1752, qui ordonne qu'une procédure en décret forcé, déclarée nulle avant l'adjudication, sera recommencée aux frais de Guillaume, huissier, qui avait fait une Nullité dans l'une des quatre criées.

On cite néanmoins un arrêt, de la même cour, du 13 mai 1760, qui décharge un huissier audiencier de la demande en garantie de la Nullité d'un exploit en matière de retrait : mais il est à croire que le parlement de Paris n'a ainsi jugé dans ce cas, que parceque la procédure du retrayant était infectée de plusieurs autres Nullités étrangères à l'huissier.

[[L'art. 1031 du Code de procédure civile nous offre à cet égard une disposition fort sage, et qui est commune à tous les officiers ministériels, c'est-à-dire, aux greffiers, aux avoués et aux huissiers : « Les procédures et » les actes nuls ou frustatoires, et les actes » qui auront donné lieu à une condamnation » d'amende, seront à la charge des officiers » ministériels qui les auront faits, lesquels, » *suivant l'exigence des cas*, seront en ou» tre passibles des dommages et intérêts de » la partie, et pourront même être suspendus » de leurs fonctions ».

Quant aux gardes du commerce, *V.* l'art. 19 du décret du 14 mars 1808, rapporté aux mots *Gardes du commerce.*

(1) *V.* l'article *Notaire*, §. 5, n°. 5.

VI. Les juges sont, quant à la garantie des Nullités qu'ils commettent, traités, en certains cas, avec plus de rigueur que les autres officiers publics.]]

L'art. 36 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667 [[et le Code de procédure civile, art. 292]], veulent que, si une enquête est declarée nulle par la faute du juge commissaire, il en soit fait une nouvelle à ses frais.

L'art. 24 du tit. 15 de l'ordonnance de 1670 porte pareillement que, « s'il est ordonné que » les temoins seront ouis une seconde fois, ou » le procès fait de nouveau à cause de quelque » Nullité dans la procedure, le juge qui l'aura » commise, sera condamné à en faire les frais » et à payer les vacations de celui qui y pro» cédera, et même les dommages et intérêts » de toutes les parties ».

Le lieutenant criminel Serpillon fait, sur cet article, une observation dans laquelle on remarque un peu d'humeur et de prevention :

« Il n'est pas ordinaire (dit il), lorsque les procedures ont eté instruites à la requête des procureurs du roi, que les cours, en les cassant, ordonnent qu'elles seront refaites aux frais des juges qui les ont instruites, parceque n'ayant reçu aucuns droits ni vacations pour cette instruction, il y aurait une grande injustice de leur faire faire les frais de la nouvelle procedure ; ils sont assez punis par la honte d'un semblable affront, auquel il y a eu des juges si sensibles, que les uns ont quitté leurs charges, et les autres les ont totalement négligées, au grand désavantage du public.

» On peut même tirer des termes de cet article, la conséquence qu'il n'a pas entendu parler des cas où il n'y a que la partie publique, car il veut que le juge qui aura fait la Nullité, soit condamné aux dommages et intérêts des parties ; ce qui suppose qu'il s'agit d'une procédure où il y a partie civile. On peut tirer la même conséquence de l'art. 13 de l'arrêt du conseil du 25 juillet 1731, servant de réglement pour les cassations des jugemens presidiaux et prevôtaux : cet article porte que, s'il se trouve des défauts de formalités dans les procédures des prévôts ou des presidiaux, qui donnent lieu à les déclarer nuls, le procès sera renvoyé par-devant tel autre prevôt et présidial qu'il appartiendra : ce réglement n'ajoute pas que la procedure sera refaite aux frais du juge, parcequ'ordinairement, dans les procès prevotaux ou présidiaux, il n'y a que le procureur du roi qui soit partie.

» Un juge zélé, qui, pendant plusieurs années, aura travaillé *gratis* pour l'intérêt du public, tombera dans une faute d'inadvertance en procédant *gratis* à l'instruction d'une grande procédure, on l'obligera à la recommencer en entier à ses frais, à la décharge du domaine du roi! Une pareille récompense de ses services ne peut que le rebuter et le déterminer à négliger dans la suite tout ce qui se trouve dans le cas d'être poursuivi à la requête de la partie publique. Si les cours avaient connaissance des grands inconvéniens qui naissent de leur sévérité, il est certain qu'elles changeraient d'usage. Il n'y a point de juges qui méritent plus de menagement que ceux qui travaillent au criminel, presque toujours sans rétribution, dans ces matières désagréables et qui demandent un travail continuel : cependant leur zele, pour une peccadille, comme dit Loyseau, est recompensé par des cassations et des condamnations, qui font voir que ceux qui travaillent le moins, risquent le moins ».

Il faut convenir, avec l'auteur de ces réflexions, que l'ordonnance parait dure dans l'article dont il s'agit; mais, parlons sans prévention, qu'y peuvent les cours souveraines? Ministres et interprètes de la volonté du législateur, elles ne peuvent y contrevenir sans exposer leurs arrêts à la cassation : leur autorité ne consiste pas à s'elever au-dessus de la loi, mais à la faire respecter; et si quelquefois il s'est trouvé des circonstances assez favorables pour leur faire remettre aux juges d'instruction la peine établie par l'art. 24 du tit. 15 de l'ordonnance criminelle, il est certain qu'en général une pareille indulgence n'est pas moins contraire à ce texte, dans le cas où la partie publique agit seule, que dans celui où il y a une partie civile. En effet, le législateur ne fait aucune distinction entre l'une et l'autre hypothèse : en ajoutant à la peine de supporter les frais de la nouvelle instruction, celle d'être tenu des dommages-intérêts des parties, il ne limite pas sa disposition; au contraire, il l'etend. Le silence de l'art. 13 de l'arrêt du conseil de 1731 n'est pas un argument à opposer à l'expression d'une loi antérieure et générale : comme on n'en pourrait pas conclure que les prévôts et les présidiaux sont exempts, lorsqu'il y a partie civile, de faire recommencer, à leurs frais, les procédures dans lesquelles ils ont commis des Nullités, il n'en résulte pas non plus que cette exemption doive avoir lieu en leur faveur dans les procès où le procureur du roi est seul partie. Du reste, il y a plusieurs arrêts qui ont rejeté la distinction proposee par Serpillon.

La restitution des frais perçus à raison de

la procédure annulée, doit faire partie des dommages intérêts auxquels la loi condamne le juge qui a commis la Nullité. Nous voyons, dans le *Journal des Audiences*, , qu'un arrêt du 22 septembre 1717, « en déclarant nulle » la sentence et la procédure du juge de » Champagne, et renvoyant devant le lieute- » nant criminel de Dreux, a condamné les hé- » ritiers du juge de Champagne, le procureur » fiscal et un huissier qui avait fait la fonction » de greffier, à rendre les émolumens, et » les héritiers du juge, les taxes données aux » témoins ».

En général on est toujours, en matière de Nullité, plus sévère contre un juge que contre un notaire ou un procureur, parcequ'il ne dépend pas des particuliers de se choisir un juge plutôt qu'un autre, au lieu que le choix d'un notaire ou d'un procureur est toujours libre.

De là vient que plusieurs auteurs, en convenant du principe qu'un juge ne peut être pris à partie qu'en cas de dol ou de concussion, soutiennent néanmoins qu'il doit toujours être condamné à la réparation des Nullités auxquelles il a donné lieu par sa faute ou négligence. *V.* Serres, *Institution du Droit français*, liv. 4, tit. 3, §. 7; et Sohet, *Institutions du Droit coutumier des pays de Liége, Namur et Luxembourg*, liv. 1, tit. 50. n°. 30.

[[L'art. 415 du Code d'instruction criminelle de 1808 porte que, « dans le cas où, soit » la cour de cassation, soit une cour royale, » annullera une instruction, elle *pourra* or- » donner que les frais de la procédure à re- » commencer, seront à la charge de l'officier » ou juge instructeur qui aura commis la Nul- » lité ».]]

§. VI. *Un acte nul dans le principe, peut-il devenir valable par la suite?*

I. La loi 29, D. *de regulis juris*, porte qu'un acte nul dans le principe ne peut être validé par le seul laps de temps : *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. La raison de cette règle, disent les interprètes, est que, comme le temps n'est pas un moyen d'établir ou d'éteindre de plein droit une obligation, il ne doit pas non plus avoir la vertu de confirmer seul un acte nul en soi.

Cette règle, ajoutent les commentateurs, a lieu dans les testamens, dans les contrats, dans les mariages, dans les jugemens, dans les usucapions, en un mot dans toutes les matières du droit.

Dans les testamens, il est de principe qu'une disposition qui aurait été nulle, si le testateur fût décédé immédiatement après l'avoir faite, ne peut pas devenir valable par la suite. C'est la décision expresse de la fameuse règle de Caton. *V.* les articles *Institution d'héritier*, sect. 5, §. 3, et *Règle de Caton*.

Dans les contrats, on tient pour maxime, que la stipulation d'une chose qui est hors du commerce, demeure toujours nulle, quoique la chose change par la suite de qualité et deviennent commerçable. C'est ce que porte le §. 1, Inst. *de inutilibus stipulationibus*.

[[*V.* l'article *Promesse de changer de nom*]].

A l'égard des sentences, lorsqu'elles sont nulles en elles-mêmes, le laps du temps fixé pour l'appel ne les valide pas, et jamais elles ne passent en force de chose jugée. La loi 19, D. *de appellationibus*, est formelle sur ce point.

[[Mais *V.* le §. suivant, n°. 4.]]

II. Il y a cependant bien des cas où la règle dont il s'agit, est sans effet : ce sont, en général, tous ceux où, à la cessation de l'empêchement qui produisait la Nullité, se réunit la survenance d'une cause nouvelle et propre à confirmer l'acte.

Par exemple, on verra dans le §. suivant, que la prescription, c'est-à-dire, le laps d'un certain espace de temps, est souvent un moyen qui couvre et efface les Nullités : pourquoi? Parceque la loi presume, de la part de ceux qui ont intérêt de faire valoir ces Nullités, un consentement tacite à l'exécution des actes qui en sont frappés; car, dit le jurisconsulte Paul, dans la loi 28, D. *de verborum significatione*, celui là est censé aliéner son bien, qui laisse passer le temps de la prescription sans le revendiquer.

La loi 1, §. 1, *de legatis* 3°., nous offre un autre exemple : elle décide qu'un legs ou fidéicommis fait par un fils de famille, quoique nul dans son principe, devient valable, si le fils de famille étant émancipé, témoigne être toujours dans la même volonté et y persévère jusqu'à sa mort.

Le mariage contracté par un impubère, est nul, et demeure perpétuellement tel. Si cependant il survenait après la puberté, un nouveau consentement de la part de l'homme et de la femme, le mariage serait valide, et ne pourrait plus être dissous. C'est la décision expresse du chap. 1, §. 1, aux décrétales, *de sponsalibus impuberum*, et de la loi 4, D. *de ritu nuptiarum*.

Il existait chez les Romains un empêchement de mariage entre les sénateurs et les affranchies : et par conséquent un mariage contracté entre deux personnes qui étaient res-

pectivement de l'une et de l'autre condition, n'était qu'un concubinage. Néanmoins si le mari venait à perdre sa dignité, l'affranchie qu'il avait épousée, devenait sa femme par la continuation de leur co habitation. La loi 27, D. *de ritu nuptiarum*, le décide ainsi, et l'on peut dire la même chose de toutes les autres espèces d'empêchemens.

Observons cependant qu'il y a, sur cette matière, une différence essentielle entre le droit romain et nos maximes. Comme le seul consentement suffisait chez les Romains pour contracter un mariage, il suffisait aussi pour le réhabiliter, quand il etait nul dans le principe. Mais comme parmi nous on ne peut se marier qu'avec des formalites publiques, nous ne pouvons attribuer à la simple co habitation de deux personnes, l'effet de valider un mariage qu'elles ont contracté dans un etat d'empêchement qui a cessé depuis. Aussi Barbosa nous retrace-t-il une déclaration de la congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente, par laquelle il est dit qu'un mariage contracté publiquement entre deux impubères, ou entre un impubere et une pubere, ne peut être valide par la seule co habitation, apres qu'ils ont tous deux atteint l'age de puberte, mais qu'il faut pour le rehabiliter, une nouvelle célebration en face de l'église. Cette decision est adoptée tant par Zipæus et l'annotateur de Fevret, que par l'auteur des *Conférences d'Angers sur le mariage*: et Saint-Léger, official d'Avignon, *Quæst. canon.*, part. 1, chap. 120, rapporte un jugement de la rote romaine, qui y est conforme.

[[*V*. le plaidoyer du 8 juillet 1807, rapporté à l'article *Mariage*, sect. 3. §. 1, n°. 3.]]

Un exemple rendra encore plus sensible la différence dont nous parlons. C'était une maxime constante chez les Romains, qu'on ne pouvait faire utilement des legs et des fideicommis par des testamens, qu'autant que ces actes étaient revêtus de toutes les solennités prescrites par les lois, mais qu'ils etaient toujours valables, lorsqu'ils étaient faits par des codiciles, especes d'actes qui ne demandaient qu'une simple déclaration de volonte, *nudam voluntatem, solam nutum*. D'après cela, on a décidé qu'un fils de famille et un esclave ayant fait chacun un testament et chacun un codicile, tandis qu'ils etaient, l'un sous la puissance de son pere, et l'autre sous celle de son maître, et ayant eté affranchis depuis, leur seule persévérance dans la même volonte avait validé leurs codiciles, mais non leurs testamens. Cette decision est consignée dans la loi 1, §. 1, D. *de legatis*. 3°. [[*V*. l'article *Conventions Matrimoniales*, §. 1.]]

On a agité au parlement de Normandie la question de savoir si un patron ayant présenté à une prébende un laïque qui ne s'etait fait tonsurer qu'immédiatement avant de recevoir son institution, la Nullité de la présentation etait effacée par la capacité survenue depuis. La contestation etait entre un dévolutaire et le présenté.

Il y a une si grande relation, disait le premier, entre l'acte de présentation et l'institution, que ces deux actes ne font qu'un tout: c'est ce qui compose la provision; si donc l'un des deux est nul, la Nullité influe sur l'autre, et l'on ne peut détruire l'un, que l'autre ne tombe nécessairement. L'institution est une collation nécessaire et forcee, l'ordinaire ne l'accorde que sur le fondement de la présentation; il pourrait, à la verité, pourvoir le presenté de plein droit, *jure ordinario*; mais en référant ses provisions à la présentation, il les fait necessairement dépendre de la validité de cet acte; il ne peut donc avoir l'intention de couvrir, par les unes, le défaut de capacité qui vicie l'autre.

Le présenté disait, au contraire, que la tonsure avait éte le fondement de ses provisions; que la présentation n'etait point une partie principale de la collation, mais seulement une servitude sans laquelle la collation donnee par l'ordinaire devenait canonique, lorsque le patron ne se plaignait pas; que par conséquent on ne devait pas considérer le temps de l'exercice du patronage, mais celui où l'ordinaire avait approuvé la presentation.

Par arrêt du 17 decembre 1637, rapporté par Basnage sur l'art. 69 de sa coutume, le dévolutaire fut maintenu dans la prebende.

Dans les bénéfices electifs confirmatifs, la Nullité produite par l'incapacité du pourvu au temps de l'élection, peut-elle être couverte par la cessation de cette incapacité au temps de la confirmation?

La decretale *dudùm*, *extrà de electione*, décide pour la négative; et c'est d'après cette disposition que Duperray dit que « la Nullité » d'un élu n'est point relevée par la confirma-» tion en forme commune. Cependant (conti-» nue-t-il), elle serait suppléee par le supé-» rieur en connaissance de cause, en ajou-» tant qu'il confère en tant que de besoin a » cet élu la même dignité ».

[[Au surplus, *V*. ci après, §. 10 et 11.]]

§. VII. *Par quelle voie peut-on se pourvoir pour faire déclarer une Nullité?*

I. Il faut, à cet égard, distinguer entre les

Nullités qui vicient les contrats, et celles qui infectent les jugemens.

II. La question de savoir quelle voie on doit prendre pour faire déclarer un contrat nul, dépend de la nature de la Nullité qu'il s'agit de prononcer.

On distingue à cet égard trois sortes de Nullité : les *Nullités de droit*, les *Nullités d'ordonnance* et les *Nullités de coutume*.

Les Nullités de droit sont celles que le droit romain a établies, et que nos lois n'ont pas renouvelées expressément. Telle est, non pas comme on l'avance dans l'Encyclopédie, la Nullité d'une obligation contractée par un mineur pubère qui est lésé (car cette obligation est valable, aux termes de la loi 101, D. *de verborum obligationibus*), mais la Nullité d'une obligation destituée de cause, d'une tradition faite sans titre valable, etc.

Les Nullités d'ordonnance sont celles qui résultent de quelques édits, déclarations ou lettres patentes. Tel est, dans une donation, le défaut d'acceptation ou d'insinuation.

Les Nullités de coutume sont celles qui dérivent de nos lois municipales, et qui appartiennent spécialement au droit coutumier. Tel est, par rapport au retrait lignager dans la coutume de Paris, le défaut d'offres réelles à chaque journée de la cause.

II. On dit communément que les *voies de Nullité n'ont point lieu en France*.

Cette maxime ne s'entend, à l'égard des contrats, ni des Nullités d'ordonnance, ni des Nullités de coutume; et le sens en est qu'on ne peut faire déclarer une Nullité d'après le droit romain, sans prendre des lettres du prince.

Elle ne doit au surplus son introduction qu'à l'ignorance de nos praticiens.

Les uns se sont fondés, pour l'établir, sur ce que le roi étant souverain absolu dans ses États, il ne convenait pas à ses juges de prononcer sans son autorisation spéciale, des Nullités qui dérivent des lois étrangères : *Novimus* (dit Mornac, sur la loi 21, D. *quod metûs causâ*),*hunc morem invectum fuisse in argumentum primarii; meri majorisque imperii, regum nostrorum, qui si quid ipso jure Romano irritum fiat, non aliter pro nullo esse inter suæ ditionis homines voluerunt, nisi beneficio impetrati à se rescripti.* Mais il n'est personne qui ne voie combien ce raisonnement est absurde et inconséquent : *absurde*, parcequ'il en résulterait que les juges auraient besoin de lettres de chancellerie, soit pour casser un testament d'après les dispositions du droit romain, soit pour se conformer dans leurs décisions à un point quelconque de ce droit ; *inconséquent*, parce-qu'il attribue à une formalité purement bursale, plus d'effet qu'à la permission expresse et générale que donne le roi d'enseigner dans les écoles, et de suivre dans les tribunaux les principes et les décisions des législateurs de Rome.

Les autres voyant que, dans le droit romain, c'était le préteur qui accordait les restitutions en entier pour dol, crainte ou lésion, et comparant cette pratique avec celle de prendre des lettres du prince, lorsqu'on voulait faire rescinder un acte pour l'une de ces trois causes, ont tiré de cette différence, bornée par elle-même à des cas particuliers, la conséquence générale, que les juges ne pouvaient plus prononcer aucune Nullité de droit, sans un commandement exprès du souverain ; c'est-à-dire qu'ils ont appliqué aux Nullités ce qui n'avait été introduit que pour les restitutions en entier, et qu'ils ont confondu les actes nuls en soi, avec les actes sujets à rescision.

Quoi qu'il en soit, la règle dont il s'agit, a été consacrée par plusieurs arrêts. Il y en a un, entr'autres, qui est rapporté en ces termes, dans le Recueil de Papon, liv. 16, tit. 3, n°. 11 : « Contrats nuls de quelque sorte de » Nullité que ce soit, ne sont aujourd'hui en » France tels déclarés ni rescindés sans lettres » du roi.... Ainsi fut jugé par arrêt de Paris, » du 14 d'août 1543 ».

C'est aussi ce que décident, en termes exprès, les art. 10 et 11 du tit. 7 de la coutume de Gorze.

Cette règle n'est cependant pas sans exception.

« Nos praticiens (dit Legrand, sur l'art. 138 » de la coutume de Troyes) en exceptent » communément les usures, les simonies et les » contrats faits avec pupilles ».

On peut aller plus loin, et dire en général, qu'elle ne peut avoir lieu, ni par rapport aux actes contraires aux bonnes mœurs ou au droit public, ni relativement à ceux que des vices de forme intrinsèque empêchent de regarder comme existans, ni dans les cas où la Nullité provient d'une incapacité légale et absolue de contracter. *V.* l'arrêt du 14 août 1769, rapporté au mot *Interdiction*, §. 6, n°. 7.

Il y a même plusieurs provinces où l'on est admis, sans lettres de rescision, à proposer toutes les espèces de Nullités de droit.

Nous voyons dans le *Glossaire de droit Français* de Lauriere, au mot *Nullité*, que telle est la pratique constante de la Lorraine.

Dunod, dans son *Traité de l'aliénation et de la prescription des biens d'église*, en dit autant de la Franche Comté, et il y a pour

cette province, un édit du mois de juillet 1707, qui parait y autoriser cet usage.

On juge de même dans la Belgique; et quoiqu'on y prenne quelquefois des lettres de rescision contre des actes nuls de droit, cette formalite n'y a jamais éte regardée comme nécessaire.

C'est ce qu'attestent Groenewegen, sur le Code, titre *in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est*, Gudelinus, *de jure novissimo*, liv. 3, chap. 14; Zypæus, *notitia juris Belgici*, titre *de in integrum restitutione*: Néostadle, décis. 47; Christyn, sur les lois abrogees de Bugnyon, liv. 1, chap. 123; et Voet, sur le Digeste, liv. 4, tit. 1.

Ce que l'usage a introduit, ou plutôt maintenu dans ces provinces par rapport aux particuliers, est général dans tout le royaume, par rapport au prince. Il est même à remarquer que jamais le prince n'est dans le cas de prendre des lettres de rescision. C'est ce qu'établit parfaitement Lorry, dans ses notes sur le *Traité des domaines* de Lefebvre de Laplanche, liv. 11, chap. 7. Ses paroles sont précieuses, et nous les transcrivons ici d'autant plus volontiers, qu'elles confirment tout ce que nous venons de dire sur la règle, *voies de Nullité n'ont pas lieu.*

« Pour présenter (dit ce jurisconsulte) la question dans ses veritables termes, il faut determiner exactement la nature du privilége de la restitution. Si, avant qu'un acte fût formé, la loi l'a proscrit, si elle a defendu que l'on contractât ainsi, l'acte est nul de plein droit; extérieurement, il ne produira aucune action; intérieurement, il ne produira aucune obligation. Sa formation a été une première faute, son execution en serait une seconde. Si on dit que *Nullités de droit n'ont lieu en France*, il faut prendre garde à l'équivoque de cette règle, souvent mal entendue par les praticiens. Cette règle ne veut dire autre chose, si ce n'est que le droit, c'est-à-dire, les lois romaines, n'ont point en France un empire assez absolu pour opérer la Nullité des choses qu'elles proscrivent; mais l'application de la Nullité legale, si souvent écrite dans les lois, est une autre question.

» Si cette Nullité est dans la forme de l'acte, de façon qu'on ne puisse presenter l'acte qu'avec son vice, en ce cas, l'application n'a nulle difficulté; il ne faut point de secours extraordinaire; il suffit de dire au juge, voyez et prononcez; la loi elle même a proscrit l'acte.

» Mais si la chose n'a pas cette évidence, alors celui qui veut joindre à l'acte le commentaire qui doit le détruire, et faire recevoir la preuve des faits qui doivent en reveler le vice, s'il est lui-même l'auteur de l'acte, avant que de se faire entendre, il a une grande objection à résoudre. Il a lui-même donné contre lui, dans un temps non suspect, le témoignage d'une volonté dont l'autorité souvent etait souveraine. S'il donne, dans un moment où les choses ne sont plus entières, le témoignage d'une volonte contraire, c'est un repentir tardif. Les conventions libres dans leur origine, sont ensuite de nécessité.

» Cet argument, puisé dans l'apparence extérieure, est une illusion; mais cette illusion suffit pour qu'on soit dans le cas de solliciter l'interposition de la puissance publique, pour lever ce voile trompeur et rompre cette barrière qui ferme l'entrée du temple de la vérité.

» A Rome il fallait le ministère du préteur; en France, il n'y a qu'un seul magistrat proprement dit, qui est le roi: là, se retrouve encore la difference entre le magistrat et le juge. Le juge ne trouverait dans son ministère, que la règle etroite de l'exécution de l'acte, si le magistrat, par une autorisation spéciale, ne donnait à ce ministère une plus grande étendue.

» C'en est assez pour que l'on conçoive que jamais le prince, dans les causes de l'ordre public, ni même dans celles de son domaine, ne peut avoir besoin de ce secours. Nous l'avons dejà dit; c'est une fin de non-recevoir qu'il s'agit de réfuter, et la matiere ne comporte point de fin de non-recevoir. Le prince dira donc hautement que, trompé par de mauvais conseils, il a delaissé une cause qu'il s'était chargé de defendre; il dira, comme disait Charles VII en pareil cas, qu'il lui appartient de *réformer son fait comme l'autrui*; qu'il veut que ses actes soient regardés comme nuls, et que la cause soit traitée suivant les règles de la justice; et cela suffit. Les lettres seront enterinees sans vérification des faits. Cette vérification fera le fond de l'affaire. Le rescindant est jugé, il ne s'agit que du rescisoire. Ainsi, sous un point de vue, le roi est toujours mineur, et jamais lié par les monumens des temps précédens: il ne l'est que par une vérité et une utilité réelle; sous l'autre, il ne l'est jamais. Dans l'âge le plus tendre, les lois et les conseils l'environnent, et écartent bien loin de lui toute idée de fraude, de surprise et de violence. Si leur vigilance ne parvient pas à fermer toutes ouvertures, en ce cas c'est le conseil qui a péché; un autre conseil le réformera; et jamais les ressources de la cause publique ne seront épuisées. Ce n'est pas là le cas de dire qu'il faut que toutes inquiétudes aient leur fin; celles-ci ne doivent avoir d'autre fin, que lors-

qu'on est parvenu à une vérité réelle. L'opinion des citoyens peut établir contre eux une paix parfaite; mais la cause publique n'est point du ressort de l'opinion. La cause du domaine est-elle toujours cause publique? C'est ce qu'on suppose et ce qui fait la base de tous les privilèges qu'on lui attribue.... Mais de là il résulte, en même temps, qu'il n'y a jamais lieu à la question de l'âge du prince. Jamais sa minorité ne fait un titre de faiblesse; mais jamais sa majorité ne fait une fin de non-recevoir ».

[[Ce qui, à cet égard, était un privilège pour le monarque, sous l'ancien régime, est aujourd'hui le droit commun des Français. *V.* l'article *Chancellerie*.]]

III. A l'égard des jugemens, il faut distinguer s'ils sont interlocutoires ou définitifs.

Les jugemens purement préparatoires ou de simple instruction peuvent être déclarés nuls par les juges mêmes qui les ont rendus, et cela sur la seule exposition des moyens qui en fondent la Nullité. C'est la disposition expresse d'une loi romaine [[qui est rapportée et discutée au mot *Jugement*, §. 3, nº. 3.]]

De là, l'injonction que l'ordonnance criminelle de 1670, tit. 14, art. 8, fait aux juges d'examiner, avant de procéder au jugement définitif des procès, s'il n'y a pas des Nullités dans l'instruction.

De là, la permission expresse qu'elle leur donne, tit. 6, art 14, d'annuler les dépositions qu'ils ont reçues sans les formalités requises.

De là aussi l'observation que faisait en 1727 un avocat général, que, si un official a commis quelque faute dans la procédure, il faut suivre à son égard l'usage établi par rapport aux autres juges, et lui laisser, comme à ceux-ci, le pouvoir de réparer ses Nullités; « sans quoi, » (dit Serpillon en rapportant ce trait) les juges seraient obligés de cesser l'instruction de » leurs procédures, les crimes demeureraient » impunis, et les preuves dépériraient. Si un » juge continuait une procédure irrégulière, il » ajouterait des actes inutiles à des actes vicieux, et multiplierait les frais, qui tombe» raient sur lui ».

Mais cette faculté que la loi laisse aux juges, n'ôte pas aux plaideurs celle de se pourvoir par la voie d'appel contre les sentences d'instruction qui sont nulles; et il y a, à cet égard, une remarque bien essentielle: c'est que le juge ne peut plus annuler sa procédure, dès qu'il y en a un appel interjeté, parcequ'alors le juge supérieur est saisi de la cause. Il a été ainsi jugé par arrêt du 7 décembre 1726, rapporté par Rousseaud de Lacombe, dans sa *Jurisprudence canonique*, au mot *Official*.

C'est une question, si les actes de pure instruction peuvent être annulés par le juge ou commissaire qui y a procédé, ou si ce pouvoir est réservé au siège assemblé.

Il paraît, dit Serpillon, que l'art. 14 du tit. 6 de l'ordonnance de 1670 « laisse au juge la » liberté de pouvoir seul déclarer nulles les » dépositions qui n'ont pas été reçues avec » toutes les formalités nécessaires ».

Cependant, ajoute cet auteur, il est plus sûr de se conformer à un arrêt du 10 juin 1746, « qui a jugé que le lieutenant criminel d'An» gers n'avait pu déclarer nulles quelques dé» positions d'une information qu'il avait faite. » Du Rousseaud rapporte les motifs sur les» quels cet arrêt a été rendu: il prouve qu'ils » sont conformes à l'esprit de l'ordonnance, et » que le juge doit casser ce qui est nul, de l'avis » de deux officiers, ou de deux gradués ou pra» ticiens ».

IV. Lorsqu'il s'agit d'un jugement définitif, il faut distinguer s'il est rendu en dernier ressort, ou s'il est sujet à l'appel.

Dans l'un et l'autre cas, les parties qui n'y ont pas été appelées, ou qui ne l'ont pas été dûment, peuvent en faire prononcer la Nullité par les juges même qui l'ont porté. *V.* l'article *Opposition à un jugement*.

Mais quand la partie qui veut faire déclarer un jugement nul, a été dûment assignée, elle n'a pas d'autre voie à prendre que celle de la cassation ou de la requête civile, si le jugement est en dernier ressort; et celle de l'appel, s'il est question d'une simple sentence.

Notre jurisprudence diffère, sur ce point, de celle des Romains. La loi 1, C. *de sententiis*, et la loi 1, §. 2, D. *quæ sententiæ sine appellatione rescindantur*, établissent qu'une sentence nulle peut être rétractée sans appel, tant par le juge même dont elle est émanée, que par tout autre devant qui la contestation est portée de nouveau. Mais comme nos anciens praticiens ne distinguaient pas aisement les sentences nulles d'avec celles qui ne péchaient que par le mal jugé, ils ont mis en principe qu'on doit appeler des unes comme des autres, et cette règle a été reçue partout sans difficulté.

Automne, sur le titre du Code *quandò provocare non est necesse*, dit que *rubricam hanc ab usu forensi Gallorum longè recessisse, quia necessaria est appellatio, etiam in casibus in quibus sententia est ipso jure nulla*.

C'est aussi ce que porte l'art. 338 des anciennes coutumes de Bourgogne : « Nullite de la » sentence n'en empêche l'exécution, si on n'en » appelle ».

Le président Favre, dans son Code, liv. 7, tit. 27, déf. 3. atteste la même chose par rapport à la Savoie: *lege nostrâ municipali expressè cautum est ut quantumvis nulla sit sententia, ab eâ tamen necessariò sit provocandum.*

C'est aussi ce qu'on observe dans les provinces belgiques, suivant Groenewegen, sur le titre du Code que nous venons de citer; Zipæus, *notitia juris Belgici*, titre *de appellationibus*; Chobbaert, sur la coutume de Gand, tit. 1, art. 3, obs. 4; Christyn, tome 1, decis. 3 et 16, et tome 4, decis. 88; Tulden, sur le titre *de re judicatâ*, du digeste, chap. 7, no. 7, et sur le même titre du Code, no. 8; Vinnius, sur les Institutes, titre *de officio judicis*, no. 4; Coloma, dans son recueil d'arrêts imprimé à Malines en 1781, tome 1, pages 88, 333 et 386.

La coutume d'Audenarde en a même une disposition expresse : « on doit appeler (dit » elle, tit. 7, art. 1) des sentences en matière » civile, quand elles seraient nulles et de » nulle valeur selon le droit, et elles doivent » être déclarées nulles et abusives par le juge » *ad quem*, ou au moins être réformées, et » lesdites sentences gissent en execution, si » long-temps, et au cas qu'elles soient repa- » rables, au moins jusqu'à ce que le juge » *ad quem* ait accorde surseance de les execu- » ter ».

Enfin, la maxime dont nous parlons, a été confirmée par plusieurs arrêts.

Bardet en rapporte un du 4 juillet 1633, qui prononce sur l'appel d'une sentence nulle, par *l'appellation et ce au néant*. M. l'avocat général Bignon, sur les conclusions duquel il a été rendu, disait dans son plaidoyer : « l'ap- » pel a ete nécessaire, parceque voies de Nul- » lite n'ont point lieu en ce royaume ».

Les échevins de Steenwerke en Flandre, ayant rendu une sentence nulle contre le nommé de Cerf, celui-ci, à qui on l'objecta dans une instance qu'il avait portée devant les échevins de Bailleul, donna une requête pour en faire prononcer la Nullité. Mais, dit le président Dubois d'Hermanville, « par sentence des » juges de Bailleul, du 3 janvier 1690, il a ete » declaré non-recevable en ses fins et conclu- » sions, sauf à lui à se pourvoir par appel par- » devant le juge superieur de Steenwerke : de » quoi de Cerf s'étant porté appelant au par- » lement de Flandre, et le proces y ayant eté » conclu, par arrêt du 22 juin 1690, la sen- » tence a été confirmée, en jugeant que c'est » une maxime à présent constante, tant en » Flandre qu'en France, que les voies de » Nullité n'ont plus de lieu ».

Dulauri, §. 21, rapporte pareillement un arrêt du grand conseil de Malines, du 13 fevrier 1715, qui déclare les grand bailli et échevins du pays de Waes, « en leurs fins et conclusions » de Nullité de la sentence du conseil provin- » cial de Flandre, du 29 janvier 1714, séparé- » ment intentée, non-recevables, ni fondés, » eux neanmoins entiers de l'accumuler avec » la cause d'appel, s'ils s'y croient fondés ».

[[Les lois nouvelles ont-elles dérogé à cette jurisprudence? Non, et il s'en faut beaucoup.

Le 2 thermidor an 11, jugement contradictoire du tribunal civil de St.-Girons, qui condamne la dame Fort Lartigue, epouse du sieur Pradel, non autorisée de son mari, ni par justice, à payer à la dame Pagès une somme de 3000 francs.

Le 22 du même mois, ce jugement est signifié à la dame Fort-Lartigue, avec commandement d'y satisfaire.

Le 14 mai 1808, la dame Fort Lartigue, devenue veuve, et poursuivie pour le paiement des 3000 francs, fait assigner la dame Pagès devant le tribunal civil de St Girons, pour voir declarer le jugement du 2 thermidor an 11 nul et comme non avenu

Le 25 août suivant, jugement qui, en effet, declare nul celui du 25 thermidor an 11, attendu qu'il a été rendu contre une femme non autorisée par son mari ni par justice.

La dame Pages appelle de ce jugement.

Le 9 mai 1810, arrêt de la cour de Toulouse, qui annulle ce jugement pour vice de forme, mais qui, au fond, en adopte les motifs et prononce de même.

La dame Pagès se pourvoit en cassation; et par arrêt du 7 octobre 1812, au rapport de M. Gandon,

« Vu les art 5, tit 27, de l'ordonnance de 1667, et 14, tit 5, de la loi du 24 août 1790;

» Considerant que le jugement du 2 thermidor an 11 etait un véritable jugement, rendu après avoir entendu les parties contradictoirement, et revêtu de toutes les formes prescrites par la loi; que le législateur a établi e determiné les moyens par lesquels il a permis d'attaquer les jugemens, et qu'il a fixé les délais pendant lesquels seuls lesdits moyens peuvent être employés;

» Qu'au nombre de ces moyens, n'est point la demande principale en Nullité des jugemens, lorsque ceux ci ont eté rendus par des juges autres que des arbitres;

» Qu'ainsi, la cour de Toulouse a introduit un nouveau moyen d'attaquer les jugemens, en accueillant une demande principale en Nullité contre un jugement; et qu'elle a violé les lois citées, puisque celle de 1790 ne donnait que trois mois pour relever appel, et que, faute d'appel dans le délai utile, celle de 1667 avait donné au jugement du 2 thermidor an 11 l'autorité de la chose jugée;

» La cour casse et annulle..... ».

V. le plaidoyer et l'arrêt du 3 floréal an 13, rapportés au mot *Appel*, sect. 1, §. 5.]]

Cette jurisprudence est-elle commune aux sentences arbitrales?

Raviot, sur Perier, quest. 78, nº. 19, fait mention d'un arrêt du parlement de Bourgogne, du 29 décembre 1672, qui a jugé pour l'affirmative.

Le sieur Harbert (dit-il) qui attaquait par la voie de Nullité une sentence arbitrale rendue entre son gendre et lui, fut déclaré non-recevable à se pourvoir sinon par la voie d'appel, après quoi il serait fait droit sur la demande du gendre pour la peine compromissoire. On dit néanmoins (continue cet auteur) qu'il y a des arrêts contraires; mais j'estime qu'il faut s'en tenir à celui-là, parcequ'une sentence arbitrale, toute nulle qu'elle puisse être, porte un caractère de jugement, jusqu'à ce que la Nullité ait été reconnue et déclarée; et comment impugner cette sentence qu'en la portant au juge d'appel? Mais comment lui en attribuer la connaissance et la juridiction, si ce n'est par la voie de l'appellation? Tous les jours n'impugne-t-on pas de Nullité les sentences des juges inférieurs? Tous les jours on les casse, et néanmoins on n'est écouté qu'en interjetant appel de ces sentences ».

[[Mais *V.* les articles *Arbitrage*, nº. 44 et 45; et *Récusation*, §. 2, nº. 5.]]

V. Remarquons, au surplus, avec la plupart des auteurs cités ci-dessus, qu'il y a trois cas où cette règle n'a lieu ni pour les sentences arbitrables, ni pour celles des juges ordinaires.

Le premier cas est lorsque la Nullité d'une sentence provient du défaut de procuration donnée par la partie contre laquelle elle a été rendue, au procureur qui a occupé pour elle. La voie de désaveu est, en ce cas, suffisante pour faire annuler le jugement. *V.* l'article *Désaveu*, nº. 6.

Nous avons déjà parlé du second cas: c'est celui où la partie condamnée n'a pas été dûment assignée. Elle a alors le choix de l'opposition ou de l'appel (1).

Le troisième cas, où les auteurs remarquent que l'appel n'est pas nécessaire pour faire anéantir une sentence nulle, est lorsque la Nullité provient du défaut de compétence.

Mais, à cet égard, on fait, dans l'usage, une distinction entre le cas où la sentence est arguée de Nullité devant le juge supérieur de celui qui l'a rendue, et le cas où le tribunal dans lequel on demande qu'elle soit déclarée nulle, n'a pas droit de ressort sur celui de qui elle est émanée

Dans le premier cas, l'appel comme de juge incompétent est nécessaire pour parvenir à l'annullation de la sentence; et à défaut de cet appel, la sentence rendue incompétemment, conserve toute son autorité.

Il en devrait être de même dans le second cas; mais alors le zèle qui est propre à tout juge pour la défense de sa juridiction, porte quelquefois les cours à s'écarter de cette règle. En voici un exemple tout récent.

Le sieur Le Normand, négociant à Amiens, avait tiré au profit du sieur Milot, négociant à Marseille, une lettre de change sur le sieur Watelet, marchand à Bouchain, son débiteur. A l'échéance, le sieur Watelet a prétendu n'avoir donné au sieur Le Normand aucun ordre de tirer sur lui; il a même ajouté qu'il ne lui devait rien; en conséquence, protêt; assignation du sieur Le Normand au consulat d'Amiens, de la part du sieur Milot; assignation de Watelet au même siége, de la part du sieur Le Normand; comparution de Watelet et demande en renvoi devant les juges de son domicile; sentence du 5 juillet 1781 qui condamne le sieur Le Normand à rembourser le sieur Milot, et sans avoir égard au renvoi requis par Watelet, le condamne à indemniser le sieur Le Normand de la condamnation prononcée à sa charge.

Quelques jours avant cette sentence, Watelet avait saisi, en vertu de permission du juge de son domicile, des effets qu'il y avait trouvés, appartenans au sieur Le Normand; et en conséquence (d'après une maxime particulière au droit belgique, dont il est parlé au mot *Clain*, §. 2), il avait fait assigner celui-ci devant les consuls de Valenciennes, pour se voir condamner à reprendre la marchandise, prétendue mauvaise, pour le prix de laquelle avait été tirée la lettre de change dont on vient de parler:

Sur cette assignation, le sieur Le Normand

(1) [[*V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, au mot *Appel*, §. 1, nº. 5.]]

est venu dire qu'il n'existait plus de contestation entre les parties, et que la sentence d'Amiens avait tout terminé. Watelet a répondu que cette sentence devait être déclarée nulle, comme contraire à l'ordre naturel des juridictions. Par sentence du 28 juillet 1781, les juges et consuls de Valenciennes ont déclaré Watelet non-recevable dans sa demande.

Appel de la part de Watelet.

La cause portée à l'audience du parlement de Flandre, je disais pour le sieur Le Normand, intimé, que cet appel était non-recevable, parceque l'objet de la contestation ne s'élevait pas à 500 livres :

« Il est vrai (ajoutais-je) que Watelet a imaginé une tournure pour échapper à cette fin de non recevoir ; il ne prétend pas seulement que la sentence des juges et consuls de Valenciennes renferme un mal jugé, il soutient encore qu'elle viole les règles de compétence établies dans le ressort de la cour; qu'elle juge la sentence du consulat d'Amiens bien et compétemment rendue ; qu'ainsi, elle rentre dans le principe général, qu'on peut appeler comme de juge incompétent de toute sentence consulaire dont l'objet n'excède pas 500 livres.

» Mais Watelet se trompe : de son aveu, pour qu'il pût appeler de la sentence des juge et consuls de Valenciennes, il faudrait que son appel portât sur une question de compétence ; et il est certain qu'il ne peut porter sur une question de compétence, si les juge et consuls de Valenciennes n'ont pas jugé que le consulat d'Amiens avait prononcé compétemment : or, les juge et consuls de Valenciennes n'ont ni jugé ni pu juger cela, ce n'était pas à eux d'examiner si la sentence d'Amiens était bien ou mal rendue, régulière ou irrégulière, compétente ou incompétente ; ils pouvaient seulement juger que cette sentence existait d'une manière quelconque; que tant qu'elle ne serait point infirmée, elle ferait obstacle à la demande de Watelet; et assurément il n'y a là aucune ombre de décision sur la compétence ou l'incompétence du consulat d'Amiens.

» Pour admettre le système de Watelet, il faudrait supposer que les juge et consuls de Valenciennes pouvaient déclarer nulle la sentence du consulat d'Amiens ; mais il est évident qu'ils n'avaient pas ce pouvoir : *Par in parem non habet imperium.* L'art. 21 du tit. 2 de l'ordonnance de *committimus* et réglement de juges, du mois de juillet 1737, enregistrée à la cour le 14 mars 1738, porte : *Voulons que l'appel de toutes les sentences rendues sur déclinatoire, soit porté dans nos cours, chacune dans son ressort.* Il n'appartient donc qu'au parlement de Paris d'infirmer cette sentence ; tout autre tribunal est incapable d'y porter la moindre atteinte ».

Nonobstant ces raisons, arrêt du 20 novembre 1781, par lequel, « la cour, *sans s'arrêter à la sentence du consulat d'Amiens, qu'elle déclare nulle et de nul effet*, met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, ordonne à l'intimé de contester sur le fond de la demande de l'appelant ».

[[Aujourd'hui, les cours ne se permettent plus de pareils excès de pouvoirs; et elles font bien. *V.* l'article *Réglement de juges.*

§. VIII. *Dans quel temps peut-on et doit-on se pourvoir pour faire déclarer une Nullité?*

I. Le droit de se pourvoir pour faire déclarer une Nullité, commence au moment où l'on a un intérêt présent à ce qu'elle soit déclarée.

Nous disons un *intérêt présent :* car un intérêt éventuel, une simple expectative, ne suffiraient pas pour autoriser une pareille action.

Ainsi, aux termes de l'art. 187 du Code civil, « l'action en Nullité (d'un mariage) ne » peut être intentée par les parens collatéraux » ou par les enfans d'un autre mariage, du » vivant des deux époux, mais seulement » lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel ».

Ainsi, l'appelé à une substitution fidéicommissaire dont la mort du grevé forme la condition, ne peut pas, tant que vit le grevé, arguer de Nullité les aliénations que celui-ci peut faire des biens fidéicommissés. (*V.* l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 4).

Mais le grevé lui-même peut, de son vivant, faire juger que le fidéicommis est nul, parcequ'il a un intérêt présent à ce que sa propriété soit reconnue incommutable. *V.* l'article *Diffamari*, n°. 2.

Par la même raison, la loi qui surseoit, pour un temps quelconque, à l'exercice des actions des créanciers d'un certain ordre contre leurs débiteurs, n'empêche pas un débiteur prétendu de se pourvoir contre son soi-disant créancier, pour faire déclarer nul le titre dont celui-ci est porteur. *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 5 brumaire an 14, rapportés à l'article *Guerre.*]]

II. Sur la question de savoir dans quel temps on est tenu de se pourvoir pour faire déclarer une Nullité, il faut distinguer si la Nullité est proposée par exception, ou si elle l'est par action.

Dans le premier cas, si celui à qui elle est acquise, continue de posseder la chose qui est l'objet de l'acte qu'elle vicie, il n'y a aucun laps de temps qui puisse la couvrir. C'est ce qu'établit Dunod, *Traité des prescriptions*, part. 1, chap. 12; et c'est ce que Furgole, *Traité des Testamens*, démontre parfaitement en ces termes :

« Dans quel temps la Nullité d'un testament résultante de la preterition, devra t-elle être proposée ?

» Je réponds que le testament étant nul de plein droit, et ne pouvant produire aucun effet quant à l'institution d'héritier, la Nullité peut être opposée en tout temps, c'est-à dire, perpetuellement, même apres trente ans, par voie d'exception, parceque *quæ sunt temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum :* ainsi, celui qui se trouve en possession d'un bien dont on veut le déposséder en vertu d'une substitution universelle comprise dans un testament nul par preterition, peut opposer la Nullité en quelque temps que ce soit. Pour évincer le possesseur d'un bien, quand même il n'aurait point de titre, il faut que le demandeur fasse apparoir d'un titre bon et légitime, qui lui attribue la propriété; autrement, il ne doit pas être admis à sa demande, et il en doit être exclu, non à cause du droit de possesseur, mais par défaut de droit et de titre de sa part, à cause que *rei vindicatio soli domino competit ;* qu'il faut par conséquent que le demandeur rapporte un titre légitime de propriété ; autrement, le défendeur doit être renvoyé absous; parceque *in pari causâ melior est conditio possidentis* ».

[[Mais il faut bien se garder de coucluere de là que la règle, *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, soit aussi générale que l'enseignent la plupart des docteurs. *V.* la dissertation qui se trouve sur cette règle à l'article *Prescription*, sect. 2, §. 25]]

III. Dans le second cas, on distingue entre la Nullité absolue et la Nullité relative.

1°. La Nullité absolue ne peut pas être couverte par la prescription : ce principe est avoué par tous les auteurs ; mais quelques-uns soutiennent qu'il en faut excepter la prescription immemoriale. Fachinée (*Controv.*, liv. 8, chap. 33) les réfute, et son opinion est la plus commune: « je crois cependant (dit Dunod) » qu'on doit laisser la question à l'arbitrage » du juge, pour la decider suivant les circons- » tances, la qualité et l'importance de la » Nullité».

On fait assez communément, sur cette matière, une sous-distinction qui peut être d'un grand secours dans plusieurs circonstances : c'est que les actes argués de Nullité absolue, pour des défauts essentiels de formalité, ne sont pas même confirmés par une possession immémoriale, lorsque ces actes renferment une preuve directe et positive de l'omission des formes nécessaires ; c'est l'espèce précise de la maxime, *melius est non habere titulum, quàm habere vitiosum ;* au lieu que, dans les cas où cette omission n'est pas prouvée par les actes mêmes, ou ne l'est que negativement, le laps de cent ans fait présumer que toutes les formes ont été remplies.

La prescription de trente ou quarante ans produit aussi quelquefois cet effet : cela dépend de l'arbitrage du juge et de la nature de chaque affaire : *Cùm illud tempus*, dit Dumoulin, *non sit à jure determinatum, cùm à singularibus et variis factorum circumstantiis pendeat, concludo judicis esse arbitrium.* (*V.* l'article *Prescription*, sect. 1, §. 6, art. 1, n°. 1).

[[Mais aujourd'hui, l'art. 1304 du Code civil, rapporté au n°. suivant, veut, sans distinguer entre les Nullités absolues et les Nullités relatives, que *toute action en Nullité d'une convention, qui n'est pas limitée par une loi particulière à un moindre temps, se prescrive par dix ans.*

Il ne faudrait cependant pas conclure de là que la Nullité d'un mariage incestueux ou infecté de bigamie, pût-être couverte du vivant des epoux, par aucun laps de temps. *V.* l'article *Mariage*, sect 6, §. 2, *cinquième question* sur l'art. 184 du Code civil.]]

2°. Quant aux Nullites respectives, on ne peut plus les proposer par action, après une possession de trente ans de la part de celui qu'on voudrait évincer.

« On ne revoque point en doute parmi nous » (dit Dunod) que les Nullités respectives » se prescrivent par trente ans, et qu'il n'y » a plus d'avantage à les proposer après ce » temps, si ce n'est par voie d'exception ».

Furgole enseigne la même chose par rapport aux testamens nuls : « Si l'héritier institué a » possedé l'hérédité pendant trente ans, et » qu'il n'y ait aucun moyen qui ait empêché » ou interrompu la prescription, la Nullité » ne pourra produire aucun effet, non que le » testament soit devenu valide, parceque cela » ne se peut point, à cause de la maxime, » *quod initio vitiosum est, tractu temporis* » *convalescere non potest*, mais parceque la » prescription aura acquis à l'héritier la pro- » priété des biens, et produira une exception » qui detruit et exclud le droit de ceux qui » auraient pu demander l'hérédité, s'ils » étaient venus avant l'accomplissement de » la prescription ».

V. article *Prescription*, sect. 1, §. 6, art. 1, nº. 2.

IV. D'après le principe établi ci-dessus, qu'on ne peut en France proposer une Nullité de droit contre un contrat, si ce n'est à l'aide de lettres du prince en forme de rescision, il semble qu'on ne devrait plus être admis à le faire après le temps auquel nos lois ont limité les actions rescisoires, c'est-à-dire, après dix ans.

Néanmoins Legrand fait mention d'une sentence du bailliage de Troies, du 31 mars 1560, qui a jugé le contraire, et il en approuve la décision.

« La formalité des lettres (dit-il sur l'art. 139 de sa coutume) n'empêche pas que le principal de l'affaire ne doive être jugé selon sa nature et qualité, c'est-à-dire, selon la Nullité, puisque l'obligation étant faite sans cause, l'obligé pouvait répéter l'obligation *condictione sine causâ*, jusqu'à trente ans, par lequel espace de temps seulement les actions personnelles peuvent être prescrites.

» Et ne font au contraire les ordonnances de Louis XII, de l'an 1510, art. 46, et de François Ier, de l'an 1585, chap. 8, art. 12; d'autant qu'elles n'ont lieu que pour les obligations qui subsistent dès leur commencement, comme celles faites par dol, fraude ou crainte, pour rescinder lesquelles la restitution est nécessaire, tant par le droit romain que par notre droit, et non pour les obligations nulles, n'étant pas vraisemblable que l'intention de l'ordonnance ait été de violer les raisons de droit à l'endroit de ceux qui sont contraints d'avoir recours aux lettres du prince, ès cas esquels, selon la vraie raison de droit, il ne serait pas besoin de lettres ».

La même chose est établie par d'Argentrée, sur l'art. 283 de l'ancienne coutume de Bretagne, gl. 1, nº. 8; par Dumoulin, sur l'ancienne coutume de Paris, §. 23, gl. 1, aux mots *Droit de relief*, nº. 57; par le président de Saint-Jean, décis. 89, nº. 7; par la Touloubre, sur les actes de notoriété du parlement de Provence, §. 22, etc.

C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt de ce parlement, du 14 mars 1647, rapporté par Boniface, tome 1, liv. 8, tit. 2, chap. 8.

Maillart, sur la coutume d'Artois, art. 134, nº. 94, en rapporte un semblable du parlement de Paris, du 7 mars 1691.

Si l'on juge ainsi en France, malgré l'attachement qu'on y a pour la maxime, *voies de Nullité n'ont pas lieu*, à plus forte raison doit-on juger de même dans les provinces belgiques, où l'on a vu ci-devant, §. 7, que cette maxime n'est pas admise; aussi le fait-on sans difficulté.

Stockmans, §. 139, en rapporte un arrêt du conseil de Brabant du mois de mai 1647.

Winantz, § 41, nous en retrace deux autres rendus par la même cour les 12 octobre 1624 et 10 octobre 1705.

Il y en a deux semblables du parlement de Flandre, rapportés par Desjaunaux et Degbewiet, sous les dates des 27 janvier 1698 et 13 octobre 1706.

Enfin, c'est ce que décide expressément une déclaration du conseil privé de Bruxelles, du 14 novembre 1628, dont voici les termes:

« Sur ce que les chancelier et gens du conseil de Brabant ont proposé au conseil privé du roi, si sous l'art. 29 de l'édit perpétuel de l'an 1611, contenant que toutes rescisions et annullations de contrats ou autres actes quelconques, fondées sur lésion, pour grande qu'elle soit, dol, circonvention, crainte ou violence, se prescriront par le laps de dix ans....., serait compris le cas de Nullité d'une éviction ou décret, à faute d'observation des solennités y requises;

» Vu ledit article, sa majesté a déclaré ledit cas de Nullité n'y être compris ».

[[Mais le Code civil en dispose tout autrement; il assujétit les actions en Nullités à la même prescription que les actions rescisoires:

« Dans tous les cas (porte-t-il, art. 1304) où l'action en Nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

» Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage.

» Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité ».]]

VI. Il y a, sur le temps dans lequel doivent être formées les demandes en Nullité de jugemens en dernier ressort, des règles particulières qu'on trouvera aux mots *Cassation* et *Requête civile*.

[[§. IX. ***Peut-on, en cause d'appel, convertir en demande en rescision d'un contrat, la demande qui, en première instance, ne tendait qu'à en faire prononcer la Nullité? Et réciproquement peut-on, en cause d'appel, convertir en demande en Nullité, une demande en rescision formée en première instance?***

I. La cour de cassation a jugé la première

de ces questions pour la négative. L'arrêt qui a été rendu le 8 pluviôse an 13, est rapporté en ces termes dans le *bulletin civil* de cette cour :

« Le sieur Mallevaut et la dame veuve Marconnay, en qualité de concessionnaires des mines de charbon de terre de *Machine*, canton de Decise, département de la Nievre, les avaient affermées pour trois ans, à compter du 1er. avril 1792, et à la redevance annuelle de 15,000 livres, au sieur Vyard-Vaumoine, par acte notarié du 20 mars 1772.

» Ces concessionnaires ayant été inscrits sur la liste des emigrés, le sequestre national a été apposé sur les mines de la Machine en l'annee 1793.

» Un second bail de ces mines a été passé, le 22 floréal an 4, au même fermier et à la même redevance, mais pour quinze années, à partir du 1er. avril 1796. Ce bail est l'ouvrage de l'administration municipale du canton de Decise, autorisee par arrêtés des corps administratifs superieurs.

» Des le 15 brumaire an 5, une contrainte de 25,500 livres a éte decernée contre le fermier par le directeur des domaines à Nevers, et avant le 8 nivose suivant, il avait ajouté a cette contrainte une saisie-arrêt et deux saisies-brandons d'environ cinq cent quarante fournitures de charbon de terre.

» Le 14 ventose même annee, demande formée devant le tribunal civil du département de la *Nievre*, par le sieur Vaumoine, contre l'administration de l'enregistrement et des domaines, pour voir declarer la contrainte et les saisies nulles, avec dommages-intérêts et depens.

» Le 25 germinal, jugement qui renvoie les parties devant l'autorite administrative, sauf, le cas echéant, a revenir devant le tribunal de la Nievre : empressement du sieur Vaumoine d'exécuter ce jugement, et, le lendemain, signification qu'il a produit sa demande au secretariat del administration centrale du département.

» Le 29 fructidor an 5, arrêté de cette administration, qui ordonne la visite des mines :

» Le 13 germinal an 6, sur les réclamations du sieur Vaumoine, arrête du ministre des finances, qui, *vu l'etat des paiemens faits* sur les termes de fermages echus, les *débats* du préposé saisissant, et l'*avis de l'administration des domaines*; vu aussi le bail du 22 floreal an 4, assujétit *provisoirement* le sieur Vaumoine a donner caution, ou à s'obliger à laisser sur les crots ou dans ses magasins la quantité de deux cents fournitures de charbon, pour sûreté de ses engagemens envers la republique; mais eu même temps cet arrêté accorde *mainlevée pure et simple des saisies*; au surplus ordonne, avec quelques modifications, la visite des mines de la Machine.

» En l'an 7, le 8 frimaire, les administrateurs du département proposent l'*annullation* du bail :

» Le 12 fructidor an 8, sur renvoi à lui fait par les consuls de la question de savoir *qu'elle est l'autorité compétente pour prononcer sur le maintien et la résiliation du bail*, avis du conseil d'état approuvé par le gouvernement le 14, portant que c'est *aux tribunaux* qu'il appartient d'en connaitre.

» Le 8 vendémiaire an 9, signification d'un mémoire qui avait été remis au tribunal de première instance de Nevers, le 4e jour complémentaire an 8, par lequel, après avoir excipé notamment de l'état de langueur de l'exploitation des mines de la Machine depuis près de huit ans, de leur état actuel de Nullité absolue, de l'importance des sommes dues à la nation pour raison de ces mines, et du défaut de ressources et de moyens du fermier pour relever cet établissement, l'administration des domaines a mis en avant qu'il etait urgent de faire sortir des mains du sieur Vaumoine une exploitation aussi importante, et cependant n'a conclu qu'à la *Nullité* des deux baux de 1792 et de l'an 4, avec dommages et intérêts, a régler par experts.

» Sur cette demande, jugement du 12 brumaire an 9, en vacations, et par défaut contre le sieur Vaumoine, par lequel le tribunal de première instance de Nevers a declaré ces baux *nuls et comme non-avenus*, autorisé l'administration des domaines a se mettre en possession des mines, condamné le defaillant aux dommages-interêts de la république, résultans de non jouissance et de degradation de ces mines, suivant l'estimation qui en sera faite par des experts, et aux dépens.

» Sur l'opposition formée par le défaillant à ce jugement par défaut, et malgré que, pour moyens d'opposition, il ait proposé l'incompetence du tribunal de Nevers, fondee sur ce que son domicile etait à Paris, jugement du 24 nivôse an 9, qui le déclare non recevable dans son opposition, et par-là evite de statuer sur la proposition d'incompétence.

» Appel des deux jugemens par le sieur Vaumoine, et conclusions de l'administration au maintien et à l'*exécution des jugemens* dont appel.

» Sur cela, jugement en partie contradictoire, et en partie par défaut, le 8 fructidor an 9, par lequel le tribunal d'appel de Bourges 1o réforme le jugement du 24 nivôse, au chef qui a refusé de recevoir l'opposition à celui du 12 brumaire; 2o rejette l'incompé-

tence proposée; 3° faute par l'appelant d'avoir défendu au fond, le deboute de son opposition à ce jugement du 12 brumaire.

» D'après cette décision, l'incompétence ne pouvait plus être proposee qu'à titre de moyen de cassation, à la différence du fond qu'une opposition pouvait reproduire devant le tribunal d'appel. Le sieur Vaumoine a usé des deux voies, et d'abord de celle d'opposition.

» A l'appui de cette opposition, et voyant que l'administration parlait de *résiliation* du bail de l'an 4, sans néanmoins y *conclure*, il a plaidé que le tribunal d'appel n'était *saisi* que du *bien* ou *mal jugé* de ce dont était appel, et par conséquent ne pouvant qu'*admettre* ou *rejeter* la demande en *Nullité* des baux dont il s'agissait; qu'y eût il demande en *résiliation*, elle serait mal fondee; mais que jamais il n'y avait été *conclu;* et que, s'il était vrai que, dans un mémoire de vendémiaire an 10, il lui etait arrivé de qualifier de *demande en résiliation*, la demande à laquelle il defendait, laquelle était dans son origine, et n'avait pas cessé d'être, *en Nullité* des baux, ç'avait été, de sa part, une erreur de fait, qui ne pouvait ni changer ni denaturer cette demande *en Nullité*.

» De son côté, après avoir soutenu que les deux baux étaient *nuls*, comme étant *infectés de simulation*, et faits *en fraude*, *tont des créanciers des concessionnaires* des mines, *que du trésor public*, l'administration a prétendu qu'en admettant que ces baux fussent *valables*, ils seraient au moins *résiliobles*, et que leur *résiliation* ne pouvait faire nulle difficulte d'après les lois de la matière; mais elle a continué de *conclure* à ce que les jugemens des 8 fructidor et 12 brumaire an 9 fussent exécutés selon leur forme et teneur; ce qui était conclure à la *Nullité*, et non à la *résiliation* des baux contentieux.

» Par son jugement définitif du 8 frimaire an 10, le tribunal d'appel a reçu l'opposition au jugement par défaut, du 8 fructidor lors dernier; y ayant aucunement égard, a dit qu'il avait été *mal jugé* par celui du 12 brumaire an 9, au chef qui annulait le bail du 20 mars 1792; *bien jugé dans la disposition qui déclarait le bail de floréal an 4, résolu et comme non-avenu*, mal appelé quant à ce: en conséquence a ordonné que ce dont appel sortirait effet en ce chef et dans les autres dispositions relatives, et a condamne l'appelant aux dépens, sans amende.

» Le sieur Vaumoine s'est pourvu, le 23 messidor an 10, en cassation, tant de ce jugement définitif, que de celui du 8 fructidor an 9, qui avait été signifié à sa personne, le 14 du même mois de fructidor. Il a présenté trois moyens de cassation dont le premier, relatif à l'incompetence, a été tiré de ce que son domicile étant à Paris, le tribunal de première instance du département de la Seine était le seul qui fût competent pour connaître de la demande sur laquelle celui de Nevers s'était mal à propos obstiné à statuer au mépris du déclinatoire proposé. Le pourvoi étant tardif à l'egard de la partie contradictoire de ce jugement, du 8 fructidor, inutile de s'occuper de la question d'incompétence.

» Le second moyen a soumis à la décision de la cour de cassation deux questions:

» L'une, si les juges de Nevers ont contrevenu à l'art. 3 du tit. 6 de l'ordonnance de 1667, en ce qu'au lieu de juger le déclinatoire séparément, le 24 nivôse an 9, ils se sont dispensés même de l'examiner, en se bornant à rejeter, par une pretendue fin de non-recevoir, l'opposition qui avait été formée à leur jugement du 12 brumaire précédent;

» L'autre, de savoir si la loi du 1er. mai 1790, relative aux deux degrés de juridiction, a été violée, soit en ce que les mêmes juges ont maintenu ce jugement du 12 brumaire, sans avoir entendu l'opposant *sur le fond*, et sans même lui avoir ordonné de se defendre à cet égard, soit en ce que le tribunal d'appel, cumulant le fond avec le déclinatoire, a prononcé en même temps sur le tout par son jugement du 8 fructidor an 9, ce qui a privé l'appelant d'un second degré de juridiction sur le fond.

» Ce moyen n'a point fait d'impression; mais le troisième a paru digne de la plus sérieuse attention: il a été tiré d'un excès de pouvoir et d'une contravention à l'art. 6 de la loi du 3 brumaire an 2, en ce que le tribunal d'appel, en declarant, par son jugement définitif du 8 frimaire an 10, que le bail de floréal an 4 était *résolu et comme non-avenu*, a prononcé une résiliation qui n'avait été ni proposee en premiere instance, ni demandée en cause d'appel.

» L'administration a répondu que sa demande *en résiliation* de ce bail n'était pas nouvelle, puisqu'elle avait ete l'objet de la question de compétence que le conseil d'état avait résolue en faveur de l'autorite judiciaire, par son avis du 12 fructidor en 8; que d'ailleurs cette *résiliation* avait été respectivement la matière de la discussion devant la tribunal d'appel.

» Il est de fait que la *résiliation* se trouve, en effet, parmi les *moyens* que l'administration a présentés à l'appui de ses conclusions au fond, tendantes à l'*exécution* du jugement du 12 brumaire an 9, qui a declaré *nul et comme non-avenu* le bail de l'an 4. Il est encore vrai que le tribunal d'appel s'est demandé, entr'au.

tres choses, s'il était saisi de la demande *en résiliation*, ou seulement de celle *en Nullité du bail de floréal an 4*, et qu'il a résolu la question en faveur de la *résiliation*, par un *considérant* conçu en ces termes? *Considérant que l'arrêté du conseil d'état, des 12 et 14 fructidor an 8, renvoie devant les tribunaux pour être statué sur la* RÉSILIATION *du bail de l'an 4 : qu'à la vérité, la régie l'a attaqué de* NULLITÉ; *mais que, dans les mémoires, se trouve une foule de* MOYENS, *tels que les dégradations, la cessation d'extraction, qui ne peuvent appartenir qu'à la* RÉSILIATION; *que l'appelant lui-même, dans son mémoire du 18 vendémiaire an 10, défend à cette résiliation; qu'ainsi, le tribunal est évidemment saisi.*

» En cet état, la cour de cassation a prononcé dans les termes qui suivent :

» Oui le rapport de M. Bailly, l'un des juges, les observations de Huart du Parc, avocat de l'administration du domaine national, et les réquisitions de M. Arnaud, l'un des substituts du procureur-général;

» La cour, en ce qui touche le jugement du tribunal d'appel de Bourges, du 8 fructidor an 9, dans ses dispositions qui ont prononcé contradictoirement entre les parties,

» Attendu que ce jugement ayant été signifié à la personne du sieur Vyard-Vaumoine, le 14 du même mois de fructidor, c'est de ce jour qu'a couru le délai fatal de trois mois pour l'attaquer par voie de cassation; que la requête en cassation n'a été déposée que le 23 messidor an 10;

» Déclare le sieur Vaumoine non-recevable dans sa demande en cassation dudit jugement;

» En ce qui concerne le surplus de la demande,

» Considérant qu'une demande *en Nullité* est tout autre chose qu'une demande *en résiliation* : que la première attaque l'acte en soi dans sa forme ou dans son essence, tandis que la deuxième, au contraire, le suppose originairement valable, et ne tend qu'à le priver d'effets à l'avenir, pour causes étrangères à son essence ou à sa forme, et survenues depuis sa date;

» Qu'une demande *en résiliation* est une demande *principale*, qui doit être introduite selon les formes prescrites pour les demandes principales, et être caractérisée par des conclusions expresses; que les *moyens* sont essentiellement distingués des *conclusions* par l'art. 1 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667, qui veut que les *ajournemens et citations, en toutes matières et en toutes juridictions, soient* LIBELLÉS, *contiennent les* CONCLUSIONS *et sommairement les* MOYENS *de la demande;*

» Que, dans l'espèce, l'administration n'avait jamais *conclu* à la *résiliation* du bail du 22 floréal an 4; que, devant les premiers juges, elle s'était bornée à requérir que ce bail et celui du 20 mars 1792 fussent déclarés *nuls et comme non-avenus*; que le jugement du 12 brumaire an 9 avait prononcé conformément à ces conclusions et dans les mêmes termes; que, sur l'appel, elle avait requis purement et simplement l'*exécution* de ce jugement; ce qui ne constituait, comme en première instance, qu'une demande *en Nullité* : que, si elle avait fait valoir des raisons qui étaient de nature à être proposées à l'appui d'une demande en résiliation, elle ne les avait toutefois employées que comme moyens propres à faire confirmer ce jugement, et que ce fait a été formellement reconnu par le tribunal d'appel lui-même;

» Que néanmoins, dans son jugement du 8 frimaire an 10, ce tribunal a dénaturé la cause qui lui était soumise, en transformant ces *moyens* en *demande en résiliation*, et a déclaré en conséquence *résolu* le bail des mines de la Machine, du mois de floréal an 4; en quoi il a commis un excès de pouvoir, qu'une erreur du sieur Vaumoine, dans la qualification de la demande des administrateurs, pouvait d'autant moins couvrir qu'elle avait été expressément rétractée;

» La cour casse et annulle, pour excès de pouvoir, le jugement du tribunal d'appel de Bourges, rendu contre le sieur Vyard-Vaumoine, au profit de l'administration du domaine, ledit jour 8 frimaire an 10...... ».

V. l'arrêt du 22 février 1809, qui est cité dans le plaidoyer du 22 mars 1810, rapporte dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Contrat provogatif*.

II. La seconde question a été jugée d'après le même principe.

Le sieur Leclerc forme, devant le tribunal de première instance de Coulommiers, une demande en Nullité d'un acte de partage. Il est declaré non-recevable.

Sur l'appel, il conclud subsidiairement à ce que l'acte soit rescindé pour cause de lésion.

La cour de Paris déclare que, d'après l'art. 7 de la loi du 3 brumaire an 2 (auquel est conforme l'art. 464 du Code de procédure civile), elle ne peut s'occuper de ces conclusions subsidiaires; et au principal, dit qu'il a été bien jugé.

Le sieur Leclerc se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 5 novembre 1807, au rapport de M. Cochard,

« Attendu que l'action en rescision pour cause de lésion d'outre-moitié, étant une action principale, essentiellement distincte de

l'action en Nullité d'un contrat pour cause de dol, puisqu'au contraire elle en suppose la validité, elle aurait dû être proposée en première instance, ce que n'a pas fait le sieur Leclerc, qui n'en a dirigé l'exercice qu'en cause d'appel; d'où il suit que la cour d'appel, en se contentant de prononcer sur les seules conclusions prises en première instance, n'a pu contrevenir à aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi....

V. le commencement du plaidoyer du 14 octobre 1806, rapporté au mot *Curateur*, §. 2.

§. X. ***L'huissier qui a commis une Nullité dans un exploit qu'il a fait en vertu d'une autorisation spéciale du juge, et qu'il ne pouvait pas faire sans cette autorisation, peut-il la réparer par un nouvel exploit, sans que le juge l'y ait autorisé de nouveau?***

V. l'article *Signification*, n°. 12.]]

§. XI. ***Lorsque, sur des procédures nulles, il est intervenu un jugement qui les suppose valables, et qui n'a pu avoir lieu qu'en les supposant telles, peut-on encore, après que ce jugement est passé en force de chose jugée, attaquer ces procédures et en faire prononcer la Nullité?***

Le 5 septembre 1808, Antoinette de Blair se pourvoit contre Jacques Hurlin, son mari, devant le tribunal civil de Metz, en séparation de corps.

Le 15 novembre suivant, Jacques Hurlin présente contre sa femme une requête en divorce pour cause déterminée.

Le procès-verbal de la présentation de cette requête est rédigé, le même jour, mais autrement que le prescrivent les art. 236, 237 et 238 du Code civil.

Le 23 du même mois, les parties comparaissent en personne devant le président du tribunal de première instance; point de conciliation.

Le 30, le président fait son rapport au tribunal; et intervient un jugement qui ordonne aux parties de comparaître à l'audience du 14 décembre.

A cette audience, Antoinette de Blair dénie les faits articulés par Jacques Hurlin; prétend qu'il y a eu réconciliation entre elle et lui, depuis les époques énoncées dans la requête en divorce; soutient en conséquence que la demande en divorce est non-recevable; conclud à ce que sa propre requête en séparation de corps soit admise, et demande une pension alimentaire avec une somme pour subvenir aux frais de la procédure.

Jacques Hurlin conclud, de son côté, à ce qu'il soit sursis à prononcer sur les conclusions de sa femme, jusqu'au jugement définitif de sa demande en divorce.

Le 28 décembre 1808, jugement qui prononce d'abord ce sursis.

Le 17 janvier 1809, second jugement qui rejette la fin de non-recevoir proposée par Antoinette de Blair, admet la demande en divorce de Jacques Hurlin; autorise celui-ci à prouver les faits qu'il articule; et accorde à Antoinette de Blair une provision de 700 francs.

Antoinette de Blair appelle de ces deux jugemens.

Le 9 mai 1809, arrêt de la cour de Metz, qui réforme le jugement du 17 janvier, en ce qu'il n'accorde qu'une somme de 700 francs à la dame Hurlin; émendant quant à ce, lui accorde une pension alimentaire de 1000 francs et une somme de 400 francs pour les frais du procès; condamne Jacques Hurlin à remettre à sa femme les effets, linges et habits servant à sa personne; ordonne que le surplus des deux jugemens sera exécuté, et par conséquent maintient l'admission de la demande en divorce de Jacques Hurlin.

Les parties retournent devant le tribunal de première instance, et Jacques Hurlin y fait procéder à l'enquête à laquelle il a été admis.

Antoinette de Blair ne fait point de contre-enquête; elle se borne à demander, sous divers prétextes, la Nullité de l'enquête de son mari, et elle continue de garder le silence sur les procédures préliminaires de l'admission du divorce.

Par jugement définitif du 15 décembre 1809, le tribunal civil de Metz déclare qu'il y a lieu au divorce pour cause d'adultère, et autorise Jacques Hurlin à le faire prononcer.

Antoinette de Blair appelle de ce jugement; et pour la première fois, expose que le procès-verbal du 15 novembre 1808 n'a pas été rédigé dans les formes prescrites par les art. 237, 238 et 240 du Code civil; qu'il n'a pas été signé par le demandeur en divorce; que l'acte par lequel le président a ordonné la comparution des deux parties, et qui se trouve inséré dans le procès verbal, ne forme, avec le procès-verbal même, qu'un seul contexte; que le président n'a fait son rapport qu'après le délai fixé par l'art. 240.

Le 8 janvier 1811, arrêt qui, adoptant ces moyens de Nullité, déclare toute la procédure nulle, à partir du procès-verbal du 15 novembre 1808.

Mais Jacques Hurlin se pourvoit en cassation; et par arrêt du 29 juin 1812, au rapport de M. Oudot,

« Vu les art. 80 et 88 de la loi du 27 ventôse an 8, et l'art. 247 du Code civil ;

» Attendu que, par l'arrêt rendu par la cour d'appel de Metz, le 9 mai 1809, confirmatif du jugement du 17 janvier precedent qui avait admis la demandé en divorce formée par Jacques Hurlin, ce jugement et toute la partie de la procédure en divorce qui l'avait préparé, ont été irrévocablement sanctionnés ;

» Attendu que, par l'appel émis ensuite du jugement postérieur, rendu par le même tribunal, le 15 décembre 1809, sur le fond de la demande admise, la cour d'appel n'a reçu qu'une attribution limitée par l'objet de ce jugement, par la nature des élémens qui lui étaient propres, et même par son premier arrêt du 9 mai 1809 ;

» Attendu qu'en s'occupant de la validité des actes de la procédure qui avaient été faits avant le jugement confirmé par elle, qui avait admis la demande en divorce, et en les déclarant irréguliers et nuls, la cour d'appel a évidemment franchi les limites de cette attribution, en statuant sur ce qui ne lui était plus et ne pouvait plus lui être soumis ;

» Attendu qu'en effet il ne s'agissait plus au procès de savoir si les formes du divorce préliminaires au jugement d'admission, avaient été observées, puisque cela avait été jugé d'abord par un jugement du tribunal de première instance du 30 novembre 1808, dont il n'avait pas été appelé, ensuite par le jugement même d'admission de la demande ; enfin, et en dernier ressort, par l'arrêt confirmatif de ce jugement ;

» Attendu que la cour d'appel de Metz n'était plus saisie que de l'appel du jugement du tribunal de première instance qui avait statué au fond, en sorte qu'en jugeant hors des termes et sur d'autres erremens que ceux sur lesquels ce jugement avait été rendu, en statuant sur des questions autres que celles qui sortaient du fond de la demande en divorce, et en annulant des actes de la procédure antérieure au jugement d'admission de cette demande, actes qu'elle-même avait nécessairement ratifiés par son arrêt de confirmation de ce jugement, elle a non-seulement commis un excès de pouvoir, en ne se renfermant pas dans la matière qui lui était soumise par appel, *in ipso appellationis articulo*, mais encore et en même temps violé l'art. 247 du Code civil, qui, après l'admission du divorce, ne laisse plus aux tribunaux qu'à statuer sur le fond ;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle........ ».

§. XII. *Les jugemens rendus sur des difficultés relatives au mode d'exécution d'un acte, ont-ils, relativement aux Nullités qui vicient cet acte, l'autorité de la chose jugée ?*

V. l'article *Ratification*, n°. 9.

§. XIII. *Les juges peuvent-ils, d'office ou sur les conclusions du ministère public, déclarer nul un acte contraire, soit à l'ordre public, soit aux bonnes mœurs, soit à une loi prohibitive et absolue, lorsque les parties, le considérant comme valable en soi, ne sont divisées que sur les effets qu'elles prétendent respectivement en faire résulter?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 22 novembre 1810, rapportes aux mots *Conscription militaire*, §. 11.

Au surplus, *V.* les articles *Confirmation*, *Transaction*, etc.]]

O.

*OBLIGATION. C'est en général l'acte par lequel on est obligé à quelque chose.

I. Pour former une Obligation, il faut le concours de deux personnes, dont l'une se trouve engagée à quelque chose envers l'autre.

On appelle *débiteur*, celui qui a contracté l'Obligation ; et *créancier*, celui au profit de qui elle est contractée.

Les Obligations peuvent dériver des contrats, des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits, et de la loi ou de la simple equité. (M. Guyot).*

[[Il est parlé au mot *Convention*, des Obligations qui dérivent des contrats ; aux mots *Délit*, *Quasi-Délit*, *Dommages* et *Réparation civile*, des Obligations qui dérivent des délits et des quasi-délits; et au mot *Ser-*

vitude, des Obligations que la loi et l'équité imposent respectivement aux hommes vivant en société.]]

[II. Le mot *Obligation*, appliqué aux titres qui contiennent des promesses ou des stipulations, a, dans les lois du Hainaut, une acception particulière : il y désigne un titre revêtu de toutes les formalités propres à le rendre exécutoire ; et il est opposé à *cédule*, terme dont se servent les législateurs de cette province, pour exprimer le titre d'une dette qui n'est justifiée que par un acte non authentique.

Dans les distributions de deniers, les *Obligations*, terme sous lequel on comprend aussi les sentences et arrêts, sont colloques en suivant les dates des *recharges* ou oppositions de ceux qui en sont porteurs ; s'il n'y a point de recharge, elles concourent au marc la livre ; et ce n'est qu'après les avoir remplies toutes, que l'on colloque les cédules. Les art. 11 et 12 du chap. 75 des chartes générales sont très-précis sur ces deux points :

« Étant lesdits trayans et demandeurs (privilégiés) satisfaits, les acteurs par Obligations suivront chacun suivant le temps de leurs traites et recharges, aussi bien pour parties des biens du débiteur arrêtées et emportées, que pour le total, pourvu que leurs lettres soient trouvées exécutoires; autrement, ne seraient réputées que pour dettes non obligées; et s'il n'y a traite ni recharge, au marc la livre.

» Et si, après les dettes privilégiées et Obligations satisfaites, il y avait bon au vendage des biens, les autres créditeurs par cédule seront payés sur ledit bon, et en après les dettes à connaître selon leurs recharges, sinon au marc la livre ».

On voit par ces dispositions, qu'un créancier muni d'un titre en forme d'Obligation, précède toujours le créancier porteur d'une simple cédule, quand même celui-ci aurait formé opposition avant celui-là.

C'est aussi ce qui résulte d'une note manuscrite qu'un jurisconsulte de Mons a laissée sur les articles cités; voici comment elle est conçue : « Par une ancienne ordonnance de la » cour, portée au sixième registre du greffier » Bienmé, est dit que les demandeurs par Obli» gation n'ayant fait traite sur les biens du » débiteur arrêtés et vendus, mais qui seraient » seulement vendus sur leur publication, précéde» ront tous trayans par cédule; mais qu'ils se» ront seulement payés au marc la livre ». Le jurisconsulte ajoute que la chose a été ainsi jugée au siége d'Ath, en 1765, sur l'avis de MM. Pepin, Meuret, Delecourt, Taintenier et Demarbaix, célèbres avocats du conseil souverain de Mons.

Par la même raison, le porteur d'une Obligation revêtue de toutes les formes requises pour la rendre exécutoire, est préféré, sans faire *recharge*, à celui qui a rechargé en vertu d'une Obligation à laquelle manquent quelques unes de ces formes. C'est ce qui a été jugé par arrêt du conseil souverain de Mons, du mois d'avril 1683, dans la distribution des biens du nommé Olivier Coulon.

Peut-on, après qu'un bien est saisi, changer une simple dette en Obligation, soit en la faisant reconnaître par le débiteur en présence d'officiers publics, soit en obtenant contre celui-ci une sentence de condamnation; et acquiert-on, par ce moyen, le droit d'être colloqué en ordre d'Obligation ?

Il faut distinguer si d'autres créanciers avaient saisi ou *rechargé* avant cette commutation de titre, ou non.

Dans le premier cas, la commutation de titre n'opère aucun effet, parcequ'on ne peut pas, par un acte postérieur et souvent frauduleux, ôter à un créancier le droit de préférence qu'il s'est acquis par des diligences légales. Le conseil souverain de Mons l'a ainsi jugé par arrêts des 24 avril 1673, 29 novembre 1676, 9 janvier 1677 et décembre 1692.

Dans le second cas, c'est-à-dire, lorsqu'après avoir saisi pour une simple dette, on se procure un titre en forme d'Obligation, avant qu'aucun autre créancier ait rechargé, on acquiert par ce titre et sans qu'il soit besoin de nouvelle saisie, une préférence universelle sur tous les porteurs de cédules et même d'Obligations qui viennent recharger après. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts du conseil souverain de Mons, rendus, l'un, en septembre 1713, au rapport de M. Cornet, l'autre le 31 janvier ou 1er février 1716, en faveur de Jean-François de Ghaquière, et de Marie Augustine Moreau, qui, après avoir saisi en vertu de cédules, les biens de Jacques Finet, avaient obtenu des sentences contre lui. « Tel est l'usage » (dit M. Tahon, en rapportant ces arrêts dans » un manuscrit qui nous a été communiqué); » et il est plus équitable que l'opinion contrai» re, dont l'unique fondement est la maxime, » *nemo potest mutare causam suæ possessio*» *nis* ».

Les Obligations passées hors de la province de Hainaut, ne sont considérées que comme de simples *cédules*. C'est ce que porte l'art. 3 du chap. 109 des chartes générales : « Les » Obligations passées par-devant notaires ou

» lois des villes hors de notredit pays, ne seront » exécutoires en icelui, fors en essence de cé» dules ».

L'art. 14 du chap 29 étend cette disposition jusqu'aux contrats de mariage : « Traités de » mariage (porte-t il) faits et passés au dehors » de notredit pays de Hainaut, par-devant no» taires et témoins, ou gens de loi, et non de» vant hommes de fief de ladite cour à Mons, » n'auront exécution en notredit pays, fors en » essence de cédule ».

Ces lois ont été portées dans un temps où toute la province de Hainaut reconnaissait un même souverain ; mais aujourd'hui qu'elle est soumise à deux dominations différentes, peut-on, dans la partie qui appartient à la France, donner ordre d'Obligation à un acte passé ou à un jugement rendu dans la partie autrichienne, et *vice versâ?*

Cette question a été proposée au conseil souverain de Mons, par M. de Baralle, procureur général du parlement de Flandre. Ce magistrat annonçait par sa lettre, eu date du 28 novembre 1710, que le parlement de Flandre était daus l'usage d'accorder le rang d'Obligations aux jugemens et aux contrats du Hainaut autrichien ; mais que, pour persister dans cette pratique, il voulait savoir si le conseil souverain de Mons en usait de même à l'égard des jugemens et des contrats du Hainaut français. Sur cette proposition, les chambres se sont assemblées ; et, quoiqu'on rappurtat un arrêt de 1707, qui avait adopté le système quo M. de Baralle voulait faire prévaloir, il a été décidé unanimement que, si le cas se presentait, on ne calloquerait les jugemens et contrats du Hainaut français que dans le rang des cédules. M. de Baralle, instruit de cette délibération, est revenu à la charge, et a fait de nouvelles remontrances, mais inutilement ; tous les magistrats ont persisté dans leur avis.]

[[Cette question est devenue sans objet, en 1795, par la réunion de ce qu'on appelait alors le Hainaut autrichien au territoire français. Mais du reste, la partie ci-devant autrichienne du Hainaut, qui, par le traité de Paris de 1814, a été incorporée au royaume des Pays-Bas, est actuellement soumise, pour les ordres et distributions des deniers, aux mêmes règles que la partie française de la même province. *V.* les articles *Ordre de créanciers*, *Privilége de créance*, *Saisie exécution* et *Saisie immobilière.*]]

*OBREPTICE, OBREPTION. On appelle *Obreption*, la fraude qu'on a commise dans l'obtention de quelque grâce, titre ou concession d'un supérieur, en lui taisant une vérité qu'il était nécessaire d'énoncer pour la validité de sa concession. La *subreption* est, au contraire, la fraude qu'on commet dans l'obtention des mêmes actes, en avançant des faits contraires à la vérité. *Obreptio fit veritate tacitâ, subreptio autem fit subjectâ falsitate.* On nomme *Obreptices* ou *subreptices*, les titres ou concessions qui ont été obtenus par Obreption ou subreption.

Cependant s'il en faut croire Denisart, « le mot *subreption* signifie omission d'une » vérité qu'on a tue pour obtenir une grâce » qui n'aurait pas été accordée si cette vérité » eût été connue, et le mot *Obreption* signifie » faux exposé. On dit, par exemple, que des » lettres de chancellerie, des bulles, des pro» visions de cour de Rome, des dispenses, etc., » sont subreptices, lorsqu'elles ont été obte» nues par surprise, en taisant une vérité qu'il » était nécessaire d'exprimer pour rendre la » grâce valable ; et qu'elles sont Obreptices, » lorsque, pour les obtenir plus facilement, » l'impétrant a exprimé quelque fausseté ».

Si l'on consulte le droit romain, et singulièrement la loi 5, D. *de negotiis gestis*, la loi 26, §. 7 et 8, D. *de fideicommissariis libertatibus*, et la loi 5, C. *de prædiis et aliis rebus minorum*, il paraîtra bien qu'on y a pris le mot *Obreption* pour toute espèce de fraude commise dans l'obtention d'une grâce. Il semble même que la loi unique, au Code Théodosien, *si nuptiæ ex rescripto petantur*, se sert indifféremment des mots *Obreptio* et *subreptio* dans le même sens.

Quoi qu'il en soit, il paraît que l'usage est d'entendre aujourd'hui ces mots dans le sens qu'on leur a donné ci-dessus, et non point dans celui de Denisart. *Obrepere dicitur*, dit Brisson, *qui taciturnitate et reticentiâ veri aliquem circumvenit, quique id celat et reticet quo expresso non esset postulata impetraturus.* L'académie, au mot *subreptice*, Ferrière dans son dictionnaire, et presque tous nos auteurs, expliquent ces mots de la même manière. (M. GARRAN DE COULON.)*

* OCCUPATION. C'est l'acte par lequel on s'empare d'une chose dans le dessein de se l'approprier.

Nous allons considérer cet acte dans les rapports qu'il a avec le droit de propriété, par le droit naturel, par le droit des gens et par le droit civil.

§. I. *De l'Occupation, suivant le droit naturel.*

Dans l'état de nature, l'Occupation était le

signe et le titre unique de la propriété. Tout était au premier occupant, c'est-à-dire que celui qui s'emparait le premier d'une chose, en acquérait la propriété; mais il ne conservait cette propriété qu'autant qu'il continuait d'occuper la chose; le droit de propriété ne subsistait qu'autant que l'acte d'Occupation se prolongeait.

Mais tout étant commun dans l'état de nature, comment un homme pouvait-il, par un acte de sa volonté, soustraire une chose à la communauté universelle, et se l'approprier à l'exclusion des autres hommes?

Les publicistes conviennent assez généralement du droit du premier occupant; mais ils ne sont pas d'accord sur le principe fondamental de ce droit.

Grotius et Puffendorf supposent qu'il y a eu entre les hommes une convention expresse ou tacite, pour donner au premier occupant la propriété de la chose commune. Mais cette convention n'aurait pu se faire que depuis l'établissement des sociétés. Comment donc le droit du premier occupant, dans l'état de nature et avant l'établissement des sociétés, aurait-il pu être fondé sur une convention qui n'existait pas alors?

On connaît trop les principes de Hobbes, pour que nous ayons besoin de les développer et de les combattre: droit de tous sur toutes choses, guerre de tous contre tous; par conséquent nul droit pour le premier occupant, mais seulement droit du plus fort: c'est mettre, en d'autres termes, la violence et le brigandage à la place du droit.

Barbeyrac et Locke ont cru que le droit du premier occupant était indépendant de toute convention humaine. L'acte d'Occupation, disent-ils, est un travail corporel. La propriété de la chose occupée doit être le prix de ce travail: et de là ils concluent, que le droit du premier occupant est fondé sur un principe de justice universelle, qui suffit pour donner le titre de propriété, sans qu'il soit nécessaire de supposer une convention entre les hommes.

Cette dispute, dit un savant jurisconsulte anglais, sent trop le raffinement et la subtilité de l'école; et il a raison. Voici des idées plus simples, et un fondement plus solide du droit du premier occupant.

Tous les membres d'une communauté ont un droit égal aux choses communes. Mais si la chose commune est de telle nature, qu'aucun des membres de la communauté n'en puisse tirer quelque utilité, sans s'en approprier l'usage exclusif, il faudra, ou que la chose commune reste à jamais inutile à tous les membres de la communauté (ce qui ne serait ni juste ni raisonnable), ou que quelqu'un d'eux puisse s'en approprier l'usage à l'exclusion des autres.

Mais quel sera le titre de préférence entr'eux? Le premier occupant annonce par l'acte d'Occupation, 1°. le besoin qu'il a de la chose; 2°. l'intention où il est de s'en approprier l'usage. Les autres membres de la communauté, en se laissant prévenir par lui, ont annoncé 1°. qu'ils n'avaient pas besoin de la chose; 2°. qu'ils n'avaient pas l'intention d'en user. Voilà le véritable fondement du droit de prévention ou du droit du premier occupant.

C'est ce droit que Cicéron définit en deux mots: *Sunt privata nulla natura; sed aut vetere Occupatione, ut qui quondàm in vacua venerunt.* Et pour en développer le principe, il compare le monde à un théâtre qui appartient à la communauté, mais dans lequel cependant le premier occupant est le maître de la place dont il s'est emparé pendant qu'il l'occupe. *Quemadmodum theatrum cùm commune sit, rectè tamen dici potest ejus esse locum quem quisque occuparit.*

Ainsi, pour qu'il puisse résulter un droit de propriété de l'acte de l'Occupation, il faut 1°. que la chose dont on s'empare, soit de nature à n'être utile à aucun, tant qu'elle reste en commun; 2°. qu'elle soit occupée actuellement; 3°. qu'elle ait été vacante lorsqu'on s'en est emparé; 4°. qu'elle soit de nature à pouvoir être possédée.

Nul homme, nul souverain, nulle nation ne peut donc s'approprier l'air ni la lumière du soleil, parceque l'usage de l'un et de l'autre est inépuisable, et qu'ils peuvent être utiles à tous, quoiqu'ils restent en commun; parcequ'ils sont impalpables, et qu'ils ne peuvent être occupés ni possédés. Cet empereur qui avait établi un impôt sur l'ombrage du platane, et cet autre qui en avait mis un sur l'air, avaient donc attenté au droit naturel.

Nul homme, nul souverain, nulle nation ne peut donc s'approprier la pleine mer, parcequ'elle n'est pas de nature à être occupée, parceque l'usage en est inépuisable, et qu'elle suffit aux besoins de tous, quoiqu'elle reste en commun. Une nation qui voudrait s'arroger l'empire ou le domaine de la pleine mer, violerait donc le droit naturel; elle se déclarerait, par cette prétention, l'ennemie du genre humain; toutes les nations devraient s'armer contre elle, pour maintenir la liberté et la communauté primitive de la mer.

Nul homme, nul souverain, nulle nation ne peut donc s'approprier un pays déjà occupé, parcequ'il n'y a de droit du premier occupant que pour celui qui *venit in vacua.*

Nul homme, nul souverain, nulle nation ne peut donc conserver la propriété d'une chose qu'il a cessé d'occuper, par ce que le droit de propriété finit avec l'Occupation même.

§. II. *De l'occupation, suivant le droit des gens.*

L'homme vécut d'abord des fruits que la nature inculte et sauvage lui offrit d'elle-même ; il devint successivement chasseur et pasteur. Dans tous ces divers états, le droit du premier occupant s'appliqua 1°. aux fruits de la terre; 2°. aux produits de la chasse et de la pêche; 3°. aux animaux que l'homme avait eu l'adresse d'apprivoiser et de soumettre à son empire, et aux paturages qui servaient à leur nourriture; 4°. à la caverne qu'il avait choisie pour sa retraite, ou à la cabane qu'il avait construite, ou au charriot qui lui servait de maison Dans ce premier age du monde, le droit du premier occupant ne consista qu'en une propriété momentanée ; et son effet fut presque nul pour les propriétés foncieres.

C'est de l'agriculture que sont nés le droit et la nécessité des propriétés foncières et permanentes : car quel est l'homme qui se serait donné la peine de défricher, de labourer et de semer, s'il n'avait pas eu la certitude de recueillir ? Et ce travail qui a fécondé la terre, a dû former sans doute, entr'elle et le cultivateur, un rapport plus intime, un lien plus fort et plus durable que celui qui resultait du simple acte d'Occupation.

Mais l'Occupation et le droit du premier occupant furent encore l'origine et la base de cette nouvelle espèce de propriété.

Qu'il y ait eu chez quelques nations un partage, entre les particuliers, des terres que la peuplade avait envahies, c'est ce que je n'ai garde de nier : mais il s'en faut bien que ce partage ait eu lieu chez toutes les nations, ou même chez le plus grand nombre. Il en est beaucoup chez lesquelles chaque individu s'est emparé d'une portion de terre sans l'intervention de l'autorité publique, et n'a eu, par conséquent, d'autre titre de propriété que le droit du premier occupant. Il en est d'autres chez lesquelles les propriétés privées existaient avant la nation, et par conséquent avant qu'il y eût une autorité publique qui pût faire le partage; et ce sont celles qui se sont formées par l'association de quelques familles qui avaient déja acquis des propriétés territoriales par le droit du premier occupant.

Supposons même qu'il y ait eu, dans chaque nation, un partage des terres, et que ce soit à ce partage que toutes les propriétes privées doivent leur origine, on conviendra du moins qu'il n'a pu y avoir de partage entre les membres de chaque nation, sans qu'il y eût auparavant des propriétés nationales Or, est-ce par un partage que les propriétés nationales se sont formées? L'histoire ne nous a transmis aucun vestige de ce partage : on sait depuis long-temps ce qu'il faut penser de l'histoire d'Eusèbe sur le testament mystique de Noé; et Moïse ne parle d'aucune convention qui ait divisé la terre entre les nations On voit, par son recit, que les enfans de Noe se dispersèrent, qu'ils formerent des peuplades, et qu'ils allerent occuper differentes parties du globe. Le droit du premier occupant fut donc l'unique titre des propriétés nationales, et par conséquent celui de toutes les propriétés privées.

S'il en était autrement, s'il y avait eu en effet un partage qui eût divisé la terre en trois parties, et qui en eût assigné une portion à chacun des trois enfans de Noé, il faudrait donc que toute nation qui s'empare d'un pays vide, présentât sa généalogie d'une main, et de l'autre l'acte du partage primitif; qu'elle prouvât que le pays dont elle s'empare, est entré dans le lot de celui des enfans de Noé dont elle descend.

L'établissement des sociétés et les besoins de l'agriculture durent modifier les principes du droit du premier occupant, et amener un nouvel ordre de choses dans les rapports de l'Occupation avec la propriété.

Il est juste que le champ que j'ai défriché, que j'ai cultivé, que j'ai semé, m'appartienne jusqu'à ce que j'en aie fait la récolte, qui est le fruit de mon travail. Je suis réputé continuer d'occuper le champ depuis le premier labour jusqu'après la récolte, quoique, dans l'intervalle, je ne fasse pas à chaque instant des actes extérieurs d'Occupation, parcequ'on ne peut pas supposer que j'aie defriché, cultivé et semé sans avoir l'intention de recueillir. Voilà la première origine de l'Occupation habituelle considérée comme moyen de conserver la propriéte, moyen que le droit civil a dans la suite etendu et varié à l'infini, sous le nom de possession civile.

Tant que l'agriculture s'est bornée aux plantes annuelles qui périssent après la maturité de leurs fruits, et qu'il faut renouveler chaque année, les effets de l'Occupation habituelle, pour conserver la propriété, ont dû se borner au temps de la durée de la plante ; c'est-à-dire, que, s'il n'y a pas eu de nouvel acte d'occupation après la récolte, le champ est redevenu vacant, et ouvert au premier occupant, ou réuni au domaine de la nation.

Mais la culture de la vigne et des autres plantes vivaces, qui portent des fruits sur la

même tige pendant plusieurs années, quelquefois pendant des siecles, a prolongé les effets de l'Occupation habituelle. Le droit de propriété résultant de cette Occupation habituelle, a dû n'avoir d'autres bornes que le terme de la vie de la plante ou de celle du cultivateur, parcequ'on ne peut pas presumer que ce cultivateur ait defriché, semé, planté et cultivé pour un autre que lui.

Bientôt on aura dû appliquer le même principe à la maison ou cabane que le cultivateur avait bâtie pour sa retraite, pour celle de sa famille, de ses bestiaux et des outils propres au labourage.

Et, comme il importe au succès de l'agriculture, que les champs et les pâturages soient à portée du coltivateur et des bestiaux; que, d'un autre côté, l'expérience aura fait connaître que, pour avoir d'abondantes récoltes, il fallait laisser de temps en temps les terres en jachère, chaque cultivateur aura suivi cette double méthode; il aura fait paître habituellement ses bestiaux dans les pâturages voisins de sa cabane; il aura defriché et cultivé les champs qui étaient le plus à sa portée; l'intention qu'on lui aura présumée de les cultiver de nouveau après un temps de repos convenable, et de ramener ses bestiaux dans les pâturages où ils ont déjà accoutumé de paître aura ete regardée comme une occupation habituelle, suffisante pour conserver la propriété.

Le commerce, suite nécessaire de l'agriculture, qui même a pu exister avant elle, aura introduit l'usage des échanges et des ventes. L'esprit de bienveillance, qui est naturel à l'homme, quoi qu'en disent quelques détracteurs de l'humanité, aura fait éclore les donations. Voilà les premières sources des actes translatifs de propriété. Mais ces transports de propriété furent toujours subordonnés aux principes que nous avons etablis. Quelle que fût l'espèce d'aliénation, soit échange, soit vente, soit donation, il fallut toujours que celui qui aliénait, eût l'Occupation au moins habituelle de la chose qu'il aliénait, au moment de l'aliénation; et le transport de la propriété n'était accompli que par une abdication volontaire de l'Occupation de la part de celui qui aliénait, et par l'occupation actuelle de la part de celui qui acquérait la propriété. C'est cet acte d'Occupation d'une part, et cette abdication de l'Occupation de l'autre, que les lois civiles appellent *prise de possession*, *tradition*, *délivrance*.

Ainsi, par le droit des gens, comme par la loi de nature, nul moyen d'acquérir le droit de propriété sans un acte d'Occupation.

Deux moyens de conserver la propriété: continuation d'Occupation actuelle, ou Occupation habituelle.

Et voilà déjà le droit naturel modifié par le droit des gens; car par le droit naturel, on ne pouvait conserver la propriété que de la même manière qu'on l'acquerait, c'est-à-dire, par l'Occupation actuelle.

Abdication du droit de propriété, résultant de la cessation de toute espèce d'Occupation, soit actuelle, soit habituelle.

Trois conditions nécessaires pour transférer les propriétés de l'un à l'autre: 1°. il faut que celui qui aliene, ait la propriété de la chose qu'il aliène, c'est-à-dire, qu'il ait acquis cette proprieté par un acte d'Occupation, et qu'il l'ait conservée par une Occupation au moins habituelle, jusqu'au moment de l'aliénation; 2°. qu'il abdique l'Occupation; 3°. qu'il y ait un acte d'Occupation de la part de celui qui veut acquérir la propriété.

A mesure que le droit de propriété prenait une forme plus stable, l'exercice du droit du premier occupant devenait plus rare. Presque toute la terre etait occupée. La mer et l'air ne pouvaient pas l'être. Il ne resta donc à occuper que quelques îles et terres vacantes, les bêtes sauvages, les oiseaux, les poissons, les pierres precieuses et autres choses trouvées dans la mer ou sur ses rivages, les trésors cachés dont le maître n'était pas connu, et les choses abandonnées.

Le droit des gens introduisit encore un nouveau moyen d'acquérir la propriété, non par le droit du premier occupant, mais par un droit d'Occupation ou d'invasion. Ainsi, toute nation qui fait la guerre pour une juste cause, a le droit de s'approprier toutes les choses dont elle s'empare sur l'ennemi. C'est ce qu'on appelle *conquête* pour les villes et terres prises sur l'ennemi, et *butin* pour les choses mobiles.

Chez les anciens peuples, on acquérait aussi, par ce moyen, les biens des hommes; et tel est encore aujourd'hui, je ne dirai pas le droit des gens, mais l'usage général de l'Asie et de l'Afrique. Les nations modernes de l'Europe ont mieux connu les droits et la dignité de l'homme; elles savent enfin que l'homme ne peut pas devenir la proprieté d'un autre homme; elles le savent...., et cependant elles vont acheter les hommes sur les côtes d'Afrique! et nous avons des Codes pour régler cette espèce de propriété!

Quand on a vu comment se sont formées les propriétés privees, on sait à peu près l'histoire des propriétés nationales, ou des domaines publics de chaque nation.

1°. Toute nation qui s'empare d'un pays va-

cant, qui s'y établit, ou qui y envoie des colonies, en acquiert la propriété.

2°. Tout ce qui est dans l'enceinte du territoire dont la nation s'est emparée, et qui n'a pas été partagé entre les individus de la nation, ni entre les communautés particulières qui la composent, demeure commun à toute la nation : c'est ce qu'on appelle *biens publics*.

3°. J'ai dit que la pleine mer ne pouvait pas être occupée, et par conséquent qu'aucune nation ne pouvait s'en attribuer l'empire; mais cela n'est vrai que de la pleine mer. Les rivages, les rades, les ports, les baies, les détroits, les parties de la mer qui baignent les côtes occupées par une nation, et les mers qui sont enclavées dans ces terres peuvent être occupées par la nation, et par conséquent lui en attribuer la propriété; ceci demande quelque développement.

Pourquoi la pleine mer n'est-elle pas susceptible de propriété? C'est, d'un côté, parcequ'il est impossible de garder la possession de la pleine mer; de l'autre, parceque l'usage en est inépuisable, et qu'elle peut être utile à tous, quoique personne n'en ait l'usage exclusif.

Mais les rivages, les ports, les rades, les baies, les détroits, les parties de la mer qui baignent les côtes occupées par une nation, et les mers enclavées dans ces terres, peuvent appartenir à une nation. Les batteries de canon et les forteresses bâties sur les côtes peuvent en défendre la possession jusqu'à une certaine distance, et en interdire l'usage à tout autre peuple.

Et, d'un autre côté, l'usage libre et commun de la mer le long des côtes occupées par chaque nation, pourrait compromettre sa sûreté et l'exposer à des insultes. Il est possible encore que l'usage exclusif de ces parties de la mer soit une source de richesses et de jouissances pour la nation qui se l'approprie. Voilà les fondemens du droit de propriété nationale sur quelques parties de la mer (1).

Mais à quelle distance s'étendra cette Occupation, ce droit de propriété nationale? Jusqu'à la portée du canon, et pas au-delà, parceque ce n'est qu'à cette distance que chaque nation peut protéger sa possession sur les mers qui baignent ses côtes. C'est donc l'invention de la poudre à canon qui a reculé les bornes de nos propriétés maritimes, et il est très-possible qu'un jour le droit des nations soit encore réformé sur ce point. Tandis que la médecine désespère de trouver dans l'électricité quelque ressource pour prolonger la vie de l'homme, qui sait si quelque nouveau *Bacon*, quelque nouvel *Anelzen* n'y trouvera pas de quoi perfectionner la pyrotechnie militaire, et porter à de plus grandes distances la terreur et la mort? Il faudra bien alors que l'océan soit, comme la terre, soumis au domaine de l'homme.

(1) *V.* l'article *Prise maritime*, §. 4.

§. III. *De l'Occupation, suivant le droit civil.*

Le droit du premier occupant ne subit presque point d'altération chez les Romains; mais les rapports de l'Occupation avec la propriété furent dénaturés au point de devenir méconnaissables.

Sur le premier point, notre droit français n'a presque rien conservé des principes du droit des gens, ni des lois romaines. Sur le second, il est à peu près conforme au droit romain. Je vais comparer l'un et l'autre droit, 1°. par rapport au droit du premier occupant; 2°. par rapport au droit de propriété résultant de l'Occupation. Je ne pourrai qu'effleurer les objets, c'est tout ce que me permet la forme de l'ouvrage auquel je consacre cet article; mais j'en dirai peut-être assez pour qu'on juge cette matière digne d'être profondément méditée par le jurisconsulte, le philosophe, le législateur et l'administrateur.

Art. I. *Parallèle du droit romain et du droit français sur le droit du premier occupant.*

Le droit des gens donnait au premier occupant

1°. Les îles et les terres vacantes, soit qu'elles n'eussent jamais été occupées, soit qu'elles eussent été abandonnées;

2°. Les bêtes sauvages, les oiseaux et les poissons; et il faut mettre dans cette classe, non-seulement les bêtes qui n'avaient jamais perdu leur liberté primitive, mais encore celles qui l'avaient recouvrée;

3°. Les pierres précieuses et les autres choses trouvées dans la mer ou sur ses rivages;

4°. Les trésors cachés;

5°. Les choses perdues, dont le maître n'était pas connu;

6°. Les choses abandonnées.

C'est relativement à toutes ces choses que nous allons suivre le parallèle du droit romain et du droit français

I. Iles. On distinguait dans le droit romain plusieurs espèces d'îles : îles formées dans la mer, îles formées dans les fleuves ou dans les rivières.

Dans la première classe, on distinguait encore les îles *naturelles*, c'est-à-dire, qui

existaient et qui étaient connues de tout temps, des îles *accidentelles*, c'est-à-dire, des îles nouvellement formées dans la mer.

Celles-ci appartenaient au premier occupant; et le droit français a adopté sur ce point les principes du droit romain.

Nous ne trouvons rien dans les lois romaines concernant le droit de propriété des îles naturelles de la mer : c'est à l'histoire à nous éclairer. A Rome, la république envoie une colonie pour peupler l'île Pontia dans la mer de Toscane. Marius et Sylla envoient aussi des colonies pour peupler la Corse, que ses anciens habitans avaient abandonnée. La république s'appropriait donc toutes les îles désertes, en faisait la distribution aux colons qu'elle y envoyait, et se réservait l'empire sur les terres et sur les cultivateurs. Rome, qui sembla n'exister que pour faire la guerre, et ne faire la guerre que pour tout envahir; Rome à qui tous les moyens furent bons, pourvu qu'elle étendit ses possessions; Rome n'avait garde de laisser à la merci du premier occupant les îles qu'elle pouvait s'approprier sans effort, puisqu'elles étaient désertes.

Sans la découverte du Nouveau-Monde, la France n'aurait aucun principe sur cette matière, et peut être n'en a-t-elle pas encore de bien déterminés.

C'est à des aventuriers que nous devons nos premières possessions dans les Antilles. Leur chef obtint du gouvernement la permission de s'établir à Saint-Christophe, et, de plus, la concession de tout ce dont ils pourraient s'emparer dans cette partie du monde : on pensa donc que le droit du premier occupant ne donnait pas la propriété, puisqu'il fallait une concession.

Une compagnie acheta les droits du premier concessionnaire, et d'autres compagnies succédèrent à celle-là. Le roi leur abandonna, non-seulement le domaine utile, mais encore l'empire, la juridiction et la puissance militaire; il ne se réserva que le domaine direct et le droit de nommer un gouverneur dont le pouvoir était à peu près nul. C'était même la compagnie qui présentait le gouverneur que le roi devait pourvoir, et elle avait la faculté de le destituer.

Toutes ces possessions furent enfin réunies au domaine, et devinrent propriété nationale, en 1674.

Mais dans toutes ces mutations de propriétaires, on supposa toujours que le droit du premier occupant n'avait pas donné la propriété des îles; que la concession du roi était l'unique titre de propriété. Ce principe mérite peut-être d'être approfondi; mais ici je ne suis qu'historien.

Le droit romain ne donnait pas non plus au premier occupant les îles qui se formaient dans les fleuves et dans les rivières; il les donnait aux propriétaires des terres adjacentes au bord du fleuve ou de la rivière, ce qui était mieux; car c'est presque toujours aux dépens des riverains que ces sortes d'îles se forment.

Notre droit féodal a dérogé à tous ces principes. On distingue en France les rivières navigables de celles qui ne le sont pas. Les îles qui se forment dans les premières, font partie du domaine public, de la propriété nationale. Celles qui se forment dans les rivières non navigables, appartiennent aux seigneurs hauts-justiciers. Dans les unes et dans les autres, nul droit pour le premier occupant, nulle indemnité pour les riverains dont la terre a formé l'île.

[[Mais *V*. l'article *Ile*.]]

II. Terres vacantes. Il faut distinguer les terres vacantes qui sont hors de l'enceinte du pays occupé par une nation, de celles qui sont enclavées dans son territoire, et appliquer aux premières ce que j'ai dit des principes et des usages des Romains et des Français sur les îles naturelles de la mer.

Pour avoir une idée du droit ou de la politique des Romains sur les terres vacantes qui étaient dans l'enceinte de l'empire, c'est encore l'histoire qu'il faut consulter : les lois ne donneraient là-dessus que fort peu de lumières.

Les Romains détruisaient presque tous les peuples qu'ils subjuguaient, ou les transportaient dans d'autres lieux. Chaque conquête devait donc leur donner des terres désertes ou vacantes; ils les repeuplaient par des colonies : c'était donc l'État qui disposait de ces terres vacantes; elles n'étaient point au premier occupant; c'était une propriété nationale.

Il faut voir dans Tacite à quel point ils portaient l'orgueil et l'inhumanité dans l'exercice de ce prétendu droit de propriété nationale.

Les Frisons, leurs alliés, avaient cultivé quelques terres vacantes sur les bords du Rhin. Ils envoyèrent des députés à Rome, pour demander la concession de ces terres. On leur ordonna d'abandonner ces terres; on massacra ceux qui résistèrent.

Les Ansibariens, autre peuple allié de Rome, dont le chef avait servi cinquante ans sous l'aigle romaine, demandent les mêmes terres : on les leur refuse. « Je vous soumets » ma nation (dit leur chef au lieutenant de » l'empereur); que faites-vous de cette terre

» inculte? Souffrez que nous la cultivions. » Aimez-vous mieux être entourés de vastes » déserts que de peuples d'amis? Les dieux se » sont réservé les cieux, ils ont donné la terre » aux hommes : celles qui sont vacantes, sont » à tout le monde ». Puis regardant le soleil : « Comment peux-tu (lui dit-il) eclairer une » terre déserte? Ne vaudrait il pas mieux que » la mer l'engloutit avec ceux qui se l'appro- » prient, apres l'avoir devastée, et qui lui » refusent des cultivateurs » ?

« Il faut obéir au plus fort (lui répond le » général romain); c'est le decret de ces mê- » mes dieux que tu implores; ce sont eux qui » ont voulu que les Romains fussent les arbi- » tres du monde, qu'ils pussent donner ou » ôter aux autres ce qui leur plairait, et qu'ils » n'eussent d'autres juges qu'eux-mêmes ».

La republique avait eu des terres vacantes, parcequ'elle avait fait des conquêtes; l'empire en eut aussi, parcequ'on le dévasta de toutes parts. Les empereurs disposerent encore de ces terres. Probus en distribua aux Bastarnes, aux Gépidiens; Valens, aux Goths et à d'autres barbares. Les terres vacantes n'étaient donc pas livrées au premier occupant; elles appartenaient au domaine public.

Les Romains regardaient encore comme vacans 1°. les biens des etrangers, parcequ'ils n'avaient pas la faculte de tester, et que leurs parens ne leur succedaient pas *ab intestat;* 2°. les biens des citoyens romains qui ne laissaient aucun héritier; cela revient à nos droits d'aubaine et de desherence. Les biens vacans n'appartenaient pas non plus au premier occupant; ils appartenaient au fisc. On trouve dans les fragmens d'Ulpien les monumens de cette jurisprudence.

Nos guerres ne sont peut être ni plus justes ni moins fréquentes que celles des Romains; et si elles sont un peu moins meurtrières, ce n'est pas à un sentiment d'humanité que nous le devons; mais elles sont en général mieux raisonnees dans leur objet et nos victoires ont des effets moins cruels. Les nations modernes de l'Europe ne détruisent pas la nation vaincue, ne dépeuplent pas la terre qu'elles ont conquise : le droit de la guerre ne transporte d'un peuple à l'autre que l'empire et le domaine national; il ne change rien aux propriétés privées. Nous devons donc avoir moins de terres vacantes que les Romains.

Mais nous en avons dont l'origine est inconnue, ou tout au moins incertaine. Ce sont les terres qui n'ont aucun vestige d'une ancienne Occupation, d'une ancienne culture. Ne sont-elles restées vacantes que parceque personne ne s'en est emparé, ou parceque les anciens possesseurs en ont abandonné la culture? Ou les laissa-t-on indivises dans les partages qu'on suppose s'être faits entre les habitans des différens cantons pour servir à l'usage commun des habitans du canton? Il est probable que ces deux causes ont contribué à former cette quantité immense de terres incultes que nous avons en France. Celles qui n'ont jamais été possédées, ou dont les anciens possesseurs ont abandonné la culture, sont celles que nous appelons proprement terres *hermes* ou *vacantes*. Les autres sont appelées *communaux*.

Celles-ci ne sont pas proprement vacantes, puisqu'elles appartiennent à chaque communauté. Le droit du premier occupant ne peut donc pas les concerner.

Mais celles qui n'ont jamais eu de propriétaire, ou qui n'en ont plus depuis long-temps, pourquoi n'appartiennent-elles pas au premier occupant? Est-ce du moins en faveur de la nation qu'on a dérogé à ce principe du droit naturel, qui donne au premier occupant les choses qui ne sont à personne? Non, le droit féodal a encore brouillé les idées sur ce point. C'est au seigneur haut-justicier qu'il donne les biens vacans.

Que les terres qui ont été données à cens, et qui sont deguerpies par le tenancier, appartiennent au seigneur qui a fait la concession originaire, cela est juste : le seigneur n'avait jamais cessé d'être propriétaire de ces terres, il en avait conservé le domaine direct; il n'en avait cede le domaine utile qu'à la charge d'une redevance convenue; dès que le tenancier a deguerpi pour être affranchi de la redevance, la concession du domaine utile est résolue; la condition sous laquelle elle avait été faite, n'existe plus; la terre déguerpie ne peut donc pas être réputée vacante : le seigneur doit reprendre son bien, et réunir le domaine utile au domaine direct, dont il n'avait ete séparé que pour des causes qui n'existent plus.

Mais quel peut être le fondement du droit du seigneur haut-justicier sur les terres vacantes? On peut bien présumer à la rigueur qu'un seigneur de fief était originairement propriétaire de tout le terrain qui est enclavé dans son fief. Peut être serait-ce étendre outre mesure l'effet de son ancien droit de premier occupant, que d'induire de cette présomption, qu'il a conservé la propriété des terres vacantes qui sont dans l'enceinte de son fief? Peut-être n'a-t-il pas dû la conserver, précisément par la raison qu'il n'a pas cultivé ces terres; mais le seigneur haut justicier, quelle présomption a-t il en sa faveur? La justice n'a rien de commun avec le fief, ni par conséquent avec la propriéte.

Je ne connais qu'une coutume en France,

qui ait respecté la loi de la nature et les besoins de l'homme, et qui ait su les faire servir aux progrès de l'agriculture. C'est la coutume de Dax. Là, des sables arides sont fécondés par le droit du premier occupant; là, tout habitant laborieux peut prendre, de son autorité, cultiver et s'approprier une portion des terres communes, sans le congé du seigneur, et sans payer de lods et ventes. Nous entrerons dans quelques détails au sujet de ce statut, sous le mot *Perprise*.

Nous admettons, comme les Romains, deux autres sources de biens vacans, le droit de déshérence et le droit d'aubaine. Nous avons de plus qu'eux le droit de bâtardise, ou du moins ce droit s'ouvre plus fréquemment parmi nous que chez les Romains. A Rome, les biens des batards n'étaient vacans que lorsqu'ils mouraient *intestat*, sans enfans, sans mère, sans frères utérins, sans parens maternels, et le batard sans femme, ou la batarde sans mari survivant. Au lieu que, par le droit commun de la France, la succession du bâtard est vacante toutes les fois qu'il meurt *intestat*, sans enfans, et le bâtard sans femme, ou la batarde sans mari survivant. Ni la mère, ni les frères, ni les sœurs, ni les parens maternels du bâtard ne lui succèdent.

Mais de toutes ces différentes manières dont les biens peuvent être vacans en France, il ne résulte aucun droit pour le premier occupant.

1°. Le droit commun des fiefs donne au seigneur haut-justicier les biens vacans par déshérence.

2°. Les biens vacans par droit d'aubaine, appartiennent au domaine public.

3°. Les biens vacans par droit de bâtardise, appartiennent au seigneur haut-justicier, si le batard est né, a été domicilié et est mort dans sa justice. Sans le concours de ces trois circonstances, les biens vacans du bâtard appartiennent au domaine.

Au surplus, je ne fais ici que dire quels sont les usages, et je ne me charge pas d'en rendre raison.

[[Ces usages ont éprouvé de grands changemens depuis 1789, par l'effet de l'abolition du régime féodal qui a été décrétée le 4 août de cette année. *V.* les articles ***Bâtardise*** et ***Déshérence***]].

III. Bêtes, oiseaux, poissons. Je distingue les quadrupèdes et les oiseaux en trois classes;

1°. Animaux sauvages, dont l'homme n'est le maître qu'autant qu'il les tient en son pouvoir, à la chaîne, en cage ou dans une ménagerie, qui sont nés pour la liberté, qui en ont conservé l'instinct, et que la nature ni l'habitude n'ont pas encore façonnés au joug ni à la société de l'homme;

2°. Animaux domestiques, qui sont d'une nature docile, qui se soumettent à l'homme, qui même deviennent ses amis;

3°. Animaux sédentaires, qui sont d'une nature sauvage, qui ne sont ni les esclaves ni les amis de l'homme, mais qui servent à ses usages, par l'instinct ou l'habitude qui les fixe ou les rappelle dans la retraite que l'homme leur a choisie, ou qui ont perdu leur férocité naturelle, et contracté l'habitude de vivre avec l'homme et de lui être soumis.

Je mets dans la première classe tous les animaux de la terre et de l'air qui mènent une vie errante et libre; ceux qui n'ont cessé d'être libres que parcequ'ils sont actuellement enchaînés ou emprisonnés; et par conséquent ceux qui s'échappent dès qu'ils peuvent briser leurs fers ou forcer leur barrière, et qui n'annoncent pas le dessein de retourner à l'esclavage. J'y mets aussi les poissons: la nature ne les a pas faits pour l'esclavage volontaire.

Dans la seconde classe, je mets le chien, le cheval, la brebis, la volaille de basse-cour, et tous les autres animaux que la nature semble avoir destinés pour vivre avec l'homme, pour le suivre, pour obéir à sa voix.

Je mets dans la troisième, 1°. les abeilles, les pigeons et les autres animaux de cette espèce qui ne sont point familiers avec l'homme, mais qui reviennent toujours dans la demeure que l'homme leur a préparée; 2°. toute bête sauvage que l'homme a su apprivoiser, qui est devenue son esclave volontaire, et qui semble avoir perdu le souvenir de la liberté naturelle.

Cette distinction n'est pas précisément la même que celle de Tribonien dans les Institutes de Justinien; mais je la crois plus exacte et plus propre à expliquer le système du droit romain concernant le droit du premier occupant sur les différentes espèces de bêtes.

Celles de la première classe appartenaient au premier occupant; mais on ne pouvait en acquérir la propriété que par l'Occupation actuelle. J'ai blessé une bête sauvage, je suis à sa poursuite; elle n'est point à moi jusqu'à ce que je l'aie prise: si un autre s'en empare pendant que je la poursuis, elle est à lui.

Mais un quadrupède, un poisson, un oiseau pris dans un piége ou dans un filet, de manière à ne pouvoir s'en dégager, appartiennent à celui qui a tendu le piége ou filet, quoiqu'il n'y ait pas encore de sa part un acte d'Occupation immédiate.

Le droit de propriété sur les bêtes de cette classe, ne dure pas plus que l'Occupation mé-

me. La bête que j'ai prise est à moi, tant qu'elle est dans mes chaînes, dans ma ménagerie, dans ma volière ou dans mon vivier; elle cesse d'être à moi, dès l'instant qu'elle s'est échappée; elle appartient de nouveau au premier occupant, pourvu qu'elle soit assez loin de moi pour que la poursuite en soit difficile.

Les bêtes de la seconde classe ne cessent point de m'appartenir, quoiqu'elles aient pris la fuite, qu'elles soient hors de ma vue, et que j'ignore le lieu de leur retraite. C'est une application du principe du droit des gens sur l'Occupation habituelle. On ne présume pas que j'aie eu l'intention d'abdiquer la propriété d'un animal qui s'est enfui à mon insu ou malgré moi.

Il faut considérer les animaux de la troisième classe sous trois rapports: 1°. avant qu'ils aient perdu leur liberté naturelle, et que l'homme s'en soit emparé; 2°. depuis qu'il s'en est emparé, mais avant qu'il les ait accoutumés à vivre volontairement avec lui ou autour de lui; 3°. depuis qu'il les a apprivoisés, et qu'il leur a fait contracter l'habitude de revenir volontairement dans la retraite qu'il leur a choisie.

Dans les deux premiers cas, il faut leur appliquer ce que je viens de dire des bêtes de la première classe. Ce sont des animaux vraiment sauvages.

Dans le troisième cas; on ne peut les regarder, ni comme des bêtes vraiment sauvages, ni comme des animaux domestiques: car, d'un côté, ils paraissent avoir perdu leur férocité et le souvenir de leur liberté primitive; et de l'autre, cette espèce de servitude volontaire ou de sociabilité dont ils ont contracté l'habitude, étant contre leur nature, on présume facilement, s'ils s'échappent, que c'est pour recouvrer leur liberté primitive, et qu'ils abandonnent l'homme sans retour. Ainsi, c'est une espèce d'animaux mixtes, dont la propriété doit être réglée par des principes particuliers.

Si donc il paraît qu'ils ont perdu l'esprit de retour, ils n'appartiennent plus à leur ancien maître, ils sont au premier occupant: et l'on présume qu'ils ont perdu l'esprit de retour, lorsqu'ils ont manqué deux ou trois fois de revenir à l'heure accoutumée dans leur ancienne demeure.

Tels étaient les principes du droit romain: le droit féodal les a encore dénaturés.

1°. Il est défendu de chasser sur son propre fonds, à quiconque n'est pas seigneur haut-justicier, ou seigneur de fief, ou propriétaire d'un franc-aleu noble. Mais en revanche, le seigneur haut-justicier peut chasser, dans toute l'étendue de sa justice, sur les terres d'autrui; le seigneur de fief peut chasser dans l'étendue de son fief, sur les terres qui relèvent de lui, mais qu'il ne cultive pas. Nul autre qu'eux ne peut chasser, s'il n'en a obtenu la permission du seigneur haut-justicier. Encore n'y a-t-il que les nobles qui soient susceptibles de cette permission.

[[Mais *V.* l'article *Chasse*]].

La pêche de la mer est libre et commune à tous les Français. Il n'y a que les maîtres pêcheurs reçus dans les sièges des maîtrises des eaux et forêts, qui puissent pêcher dans les rivières navigables. Les seigneurs hauts-justiciers sont les seuls qui puissent pêcher ou faire pêcher dans les ruisseaux et rivières non navigables.

[[Mais *V.* l'article *Pêche*]].

Il faut donc faire, dans notre droit, une subdivision des animaux de la première classe: oiseaux et quadrupèdes, poissons de la mer, poissons des rivières navigables, poissons des ruisseaux et rivières non navigables.

Pour les premiers, il ne peut y avoir de concurrence pour le droit du premier occupant, qu'entre le seigneur haut-justicier, le seigneur du fief, et les nobles auxquels le seigneur haut-justicier a accordé la permission de chasser.

[[Mais aujourd'hui plus de concurrence à cet égard; le propriétaire a seul le droit de chasser sur son fonds. Il ne peut cependant pas revendiquer sur le braconnier le gibier que celui-ci y a pris ou tué; il ne peut que le faire condamner à l'amende et aux dommages-intérêts. *V.* l'article *Gibier*, n°. 3]].

Pour les seconds, la concurrence est libre et ouverte à tous ceux qui veulent pêcher dans la mer.

Pour les troisièmes, il n'y a de concurrence qu'entre les pêcheurs reçus dans les sièges des maîtrises. Et pour les derniers, il ne peut y en avoir qu'entre les personnes qui ont obtenu du seigneur haut-justicier la permission de pêcher. [[*V.* l'article *Pêche*]].

2°. Les animaux domestiques qui ont pris la fuite, qui se sont égarés, appartiennent au seigneur haut-justicier dans le territoire duquel on les a trouvés, si le propriétaire ne se présente pas pour les réclamer dans le délai de quarante jours après la première publication que le seigneur en aura fait faire à l'issue de la messe paroissiale. [[Mais *V.* l'article *Epaves*]].

3°. Par une suite des principes du droit féodal, les animaux de la troisième classe appartiennent aussi au seigneur haut-justicier dans le territoire duquel on les arrête.

S'ils n'ont pas encore été apprivoisés, ils

lui appartiennent par le droit de chasse, parceque ce sont des animaux sauvages.

S'ils se sont échappés, après avoir été apprivoisés, ils lui appartiennent encore par le droit d'épaves, parceque ce sont des bêtes égarées.

[[Aujourd'hui, dans le premier cas, ils appartiennent au premier occupant, sauf l'amende et les dommages-intérêts qu'il encourt, s'il n'est pas propriétaire du fonds. (*V.* l'article *Gibier*, n°. 3). Dans le second cas, ils tombent dans le domaine public. *V.* l'article *Épaves*]].

Nous avons plusieurs coutumes qui attribuent au seigneur, sous le titre d'*épaves*, les oiseaux de fauconnerie, le paons et les abeilles qui ont quitté leur maître, et qui ont perdu l'esprit de retour. [[Ces coutumes sont abrogées. *V.* l'article *Abeilles*]].

Et je soupçonne fort que le droit exclusif que plusieurs coutumes et les titres de plusieurs seigneuries attribuent au seigneur, d'avoir des pigeonniers et colombiers, et la prohibition que d'autres coutumes font à tous les emphytéotes d'avoir des pigeonniers d'une certaine forme, ont dû dériver aussi du droit que nos maximes féodales ont attribué aux seigneurs sur les bêtes sauvages et sur les épaves.

[[Mais *V.* l'article *Colombier*.]]

IV. Choses trouvées dans la mer ou sur ses rivages. On distingue trois sortes de choses qui peuvent se trouver dans la mer ou sur ses rivages :

1°. Les choses du crû de la mer, comme l'ambre, le corail, et autres semblables qui n'ont appartenu à personne ;

2°. Les effets jetés à la mer pour alléger et sauver le navire dans le cas de danger, par tempête, ou par chasse d'ennemis ou de pirates ;

3°. Les effets procédans des naufrages et échouemens.

Les choses de la première classe appartenaient au premier occupant, par le droit romain.

Celles de la seconde classe étaient réputées appartenir toujours à leur ancien propriétaire, parcequ'il les avait jetées pour sauver le navire, et pour se sauver lui-même, et non dans l'intention d'abdiquer la propriété des choses jetées. Celui qui s'en emparait dans l'intention d'en profiter, était réputé coupable de vol.

Il en était de même des effets naufragés : on les rendait à leurs premiers maîtres.

Nous trouvons bien dans l'histoire de l'empire romain, que l'avidité des officiers du fisc a quelquefois attenté au droit de propriété sur les effets naufragés. Je ne serais pas même étonné que, sous un monstre tel que Domitien, il se fût trouvé des jurisconsultes assez vils pour justifier ces déprédations, et créer ce principe de jurisprudence que Juvénal met dans leur bouche :

Quidquid conspicuum ex aquore toto est,
Res fisci est ubicumquè natat.

Mais je ne croirai jamais, quoiqu'en disent Selden et Jacques Godefroi, que le modele des souverains, que le bon, le pieux Antonin, ait consacré par une loi cette detestable maxime. La loi qu'ils citent de cet empereur, dit le contraire de ce qu'ils y lisent.

J'aime mieux croire Ulpien, qui dit : *licere unicuique naufragium suum impunè colligere constat.*

Et qui m'atteste que la loi citée par Selden et Jacques Godefroi, est de l'empereur Antonin?

J'aime mieux croire, avec Denis Godefroi et plusieurs autres bons critiques, que nous devons au même empereur la loi 1, C. *de naufragiis*, qui dit : *Si quandò naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quandò aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat, fiscus meus sese* non *interponat; quod enim jus habet fiscus in alienâ calamitate, ut de re tàm luctuosâ compendium sectetur?* C'est là que je reconnais les principes et les sentimens d'Antonin.

Notre droit maritime diffère de celui des Romains sur tous ces objets.

Pour ceux de la première classe, il distingue : Ou ils ont été trouvés dans la mer, ou ils ont été trouvés sur les greves de la mer.

Au premier cas, le droit du premier occupant s'exerce sans restriction.

Au second cas, le premier occupant n'a que le tiers de la chose trouvée; les deux autres tiers appartiennent au fisc.

Le droit du premier occupant est même absolument nul sur ce qu'on appelle *poissons royaux*; et il est reduit à une bien petite portion sur les *poissons à lard*, quand on les trouve échoués sur le bord de la mer ou sur ses grèves.

On appelle *poissons-royaux*, le dauphin, l'esturgeon, le saumon et la truite; ceux là appartiennent au roi.

On appelle *poissons à lard*, la baleine, le marsouin, le veau de mer, le souffleur et tous les autres poissons de grande espèce, dont on peut tirer de la graisse ou de l'huile.

Ceux-ci sont considérés et partagés comme épaves maritimes. Le premier occupant n'en a qu'un tiers; les deux autres appartiennent à l'État.

L'ordonnance de 1681 ne dit rien de bien positif sur les effets jetés à la mer : elle suppose seulement qu'ils pourront être recouvrés

par les propriétaires ; et elle enjoint à ceux qui les auront tirés de la mer, de les mettre en sûreté, et de les déclarer aux officiers de l'amirauté, à peine d'être punis comme voleurs. Elle ne les abandonne donc pas au premier occupant

Avant cette ordonnance, les jugemens d'Oleron donnaient les choses jetées au premier occupant, pourvu qu'on les eût jetées sans avoir espérance ni volonté de jamais les recouvrer; et ils n'indiquaient qu'un seul fait, comme présomption de l'espérance de les recouvrer : c'était lorsque les marchandises jetées, étaient tellement encaissées ou enveloppées, que la mer ne pût pas les endommager.

S'il est vrai, comme le dit Valin, et comme la combinaison des divers articles de l'ordonnance de 1681 semble l'annoncer, que les principes de notre droit maritime sont les mêmes pour les effets jetés et pour les effets naufragés, il faut convenir que nous sommes encore bien loin, pour les uns et les autres, de l'esprit de justice et d'humanité qui respire dans les lois romaines.

1°. L'ordonnance de 1681 ordonne que les effets procédans des Naufrages et échouemens, trouvés en mer ou sur les grèves, seront incessamment proclamés.

2°. Mais elle ne donne aux propriétaires qu'un an et un jour pour les réclamer, à compter du jour de la publication qui en aura été faite. Après ce terme fatal, ils ne sont plus écoutés dans leur reclamation.

3°. Les vaisseaux et effets echoués ou trouvés sur le rivage, qui n'auront pas eté réclamés dans l'an et jour, doivent être vendus au profit de l'État. Tout est perdu pour l'ancien propriétaire, et le premier occupant n'y gagne rien.

4°. S'ils ont été trouvés en *pleine mer* ou *tirés de son fonds*, le premier occupant en gagne un tiers, quitte de tous frais ; et ce tiers est irrévocablement perdu pour le propriétaire, quand même il aurait fait sa déclaration avant l'an et jour. Les frais de justice, qui sont toujours considérables, sont pris sur les deux autres tiers. On rend le surplus au propriétaire, s'il fait sa déclaration dans le temps prescrit. S'il ne se présente pas à temps, le domaine public s'en empare.

5°. Le propriétaire n'a même que deux mois pour réclamer les ancres qui lui appartiennent, qui n'avaient point de bouées, et qui ont été tirées du fond de la mer. Après les deux mois, les ancres appartiennent sans retour à ceux qui les ont pêchées.

6°. Bien plus, cette ordonnance confirme le droit de *varech*, que la coutume de Normandie attribue au seigneur des fiefs voisins de la mer; et ce droit de varech donne au seigneur du fief la propriété de toutes les choses que l'eau jette à terre par tourmente et fortune de mer, et qui arrivent si près de terre, qu'un homme à cheval y puisse toucher avec sa lance. A la vérité, ce droit de propriété est en suspens pendant un an et un jour; mais ce temps passé, tout est irrévocablement perdu pour le propriétaire ; tout est acquis au seigneur du fief, sans partage ni avec le premier occupant ni avec l'État.

Cette loi qui a passé pour le chef-d'œuvre de Louis XIV dans l'ordre de la législation, et qui mérite à beaucoup d'égards les éloges qu'on en a faits, donne, ce me semble, un terme bien court au propriétaire, pour faire sa declaration, et met à un bien haut prix la rançon de ces effets, lorsqu'ils ont été trouvés en mer.

[[*V.* l'article *Naufrage.*]]

Parmi nos jurisconsultes, il en est peu qui aient entrepris de justifier ce droit de varech et ce droit d'épaves maritimes, que les souverains et les seigneurs de fiefs se sont attribués sur les effets naufragés. Il en est, dans le nombre, qui en ont cherché l'origine ; je crois l'avoir trouvée : c'est Houard qui m'a mis sur la voie.

Britton, auteur anglais du treizième siècle, nous apprend qu'autrefois celui qui avait trouvé l'*estray*, c'est-à-dire, la chose abandonnée ou perdue, était obligé de la proclamer, afin que le propriétaire pût se présenter. S'il négligeait cette proclamation, et que le propriétaire ne se présentât pas, on punissait celui qui avait trouvé la chose, de sa faute ou de sa négligence, par la confiscation de l'*estray*, non au profit des seigneurs, mais au profit du domaine public ; car alors les seigneurs, même en Normandie, ne jouissaient pas du droit de varech en vertu de leurs fiefs, mais seulement en vertu de la concession du souverain.

Telle était la jurisprudence des siècles que nous appellons *ignorans et barbares*. Le droit du propriétaire était respecté ; il faisait disparaître le droit du premier occupant. Celui-ci reprenait toute sa force, lorsqu'il ne se présentait pas de propriétaire. Le premier occupant n'était privé, dans ce dernier cas, de la chose trouvée, que lorsqu'il l'avait celée. Alors, dès qu'il n'y avait ni droit du propriétaire ni droit du premier occupant, il ne pouvait y en avoir d'autre que celui de la propriété nationale.

Comment des idées si simples, si justes, si sagement combinées, ont-elles pu enfanter notre jurisprudence ? Il n'a fallu pour cela qu'anéantir le droit du premier occupant, et transformer en droit féodal ce qui n'était

qu'une concession du souverain. Le droit du premier occupant aura disparu, parcequ'on se sera accoutumé à regarder comme règle générale contre tout premier occupant, ce qui n'était que la peine de l'infidélité du premier occupant qui avait celé la chose trouvée. Les concessions du souverain aux seigneurs de fiefs se sont multipliées. Les seigneurs qui n'avaient point de concession, auront usurpé sur leurs côtés le droit qu'ils voyaient exercer par leurs voisins. C'était un abus; mais l'abus était universel, et la charte aux Normands en fit une loi irréfragable.

[[Cette loi est abrogée par l'art. 7 du tit. 1 de la loi du 13-20 avril 1791.]]

V. Trésor caché. J'entends par *trésor caché*, un ancien dépôt d'argent, dont le souvenir n'existe plus, et dont le maître est inconnu, [[ou, comme dit le Code civil, art. 716, « toute chose cachée ou enfouie, sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et découverte par le pur effet du hasard ».]]

Nous n'avons point de monumens certains de l'ancienne jurisprudence des Romains sur cette matiere; nous savons seulement ce que les empereurs ont fait. Les uns ont attribué au fisc les tresors trouvés; d'autres en ont ordonné le partage entre le premier occupant et le fisc; d'autres, enfin, ont ordonné que ce partage se ferait entre le premier occupant et le propriétaire du fonds dans lequel le trésor aurait été trouvé. Voici quel fut, à cet égard, le dernier état de la jurisprudence romaine.

1°. Celui qui trouvait un trésor dans son propre fonds, en acquerait la propriété en entier.

2°. Il n'était permis à personne de chercher des trésors dans le fonds d'autrui, sans le consentement ou à l'insu du maître; ce qui avait été ainsi cherché et trouvé, appartenait en entier au propriétaire du fonds.

3°. Un tresor trouvé par hasard dans le fonds d'autrui, se partageait entre celui qui l'avait trouvé et le propriétaire du fonds.

4°. Celui qui avait été trouvé par hasard dans un lieu religieux ou sacré, appartenait en entier à celui qui l'avait trouvé.

5°. Celui qui avait été trouvé dans un fonds du domaine de l'empereur, ou dans un fonds appartenant au fisc, ou dans un lieu public, se partageait entre le fisc et celui qui l'avait trouvé.

6°. Celui qui avait été trouvé dans un fonds appartenant à une ville ou à une communauté, se partageait entre celui qui l'avait trouvé, et la ville ou la communauté propriétaire du fonds.

7°. Celui qu'on avait trouvé par un art que l'ignorance faisait appeler magique, appartenait en entier au fisc.

La France n'a pas un droit uniforme sur ce point; les provinces qui sont régies par le droit écrit, ont adopté les principes que je viens d'extraire des lois romaines; elles ne s'en sont écartées que sur deux articles.

1°. On y partage le trésor trouvé dans une église, entre l'église et celui qui l'a trouvé; on y partage aussi le tresor trouvé dans un lieu religieux, entre celui qui l'a trouvé, et l'église de laquelle dépend le lieu religieux. Il y a même des auteurs qui prétendent que, dans ces deux cas, le trésor appartient en entier à l'église.

2°. Il est probable que, dans les pays de droit écrit, comme dans les pays coutumiers, les accusations et les soupçons de magie sont bannis, des tribunaux sans retour.

Dans les pays coutumiers, le seigneur haut-justicier est presque toujours admis au partage du tresor trouvé dans sa justice.

1°. Celui qui trouve un trésor dans son propre fonds, n'en a que la moitié; le seigneur haut-justicier prend l'autre moitié.

2°. Le trésor trouvé par hasard dans le fonds d'autrui, se partage en trois parties égales: un tiers pour celui qui l'a trouvé, un tiers pour le propriétaire du fonds, un tiers pour le seigneur haut-justicier.

3°. Un trésor trouvé dans un lieu public, se partage également entre celui qui l'a trouvé et le seigneur haut justicer.

4°. On en excepte les trésors trouvés dans les chemins royaux. Nos jurisconsultes disent que ceux-là doivent être partagés par moitié entre le roi et celui qui a trouvé le trésor, et que le seigneur haut justicier, dont le chemin traverse la justice, n'y doit rien prendre.

5°. On n'est pas encore d'accord sur la propriété du tresor trouvé dans une eglise ou dans un lieu religieux dépendant d'une eglise. Les uns le donnent en entier à l'église; d'autres disent qu'il faut le partager entre l'église et celui qui l'a trouvé; d'autres admettent le seigneur haut-justicier au partage.

6°. Les tresors trouvés dans les fonds du domaine public, se partagent par moitié entre le domaine et ceux qui les ont trouvés.

7°. Les tresors d'or appartiennent au roi seul, ni le propriétaire du fonds où l'on a trouvé le trésor, ni celui qui l'a trouvé, ni le seigneur haut justicier, n'y ont aucune part. C'est, disent quelques jurisconsultes, à cause de l'excellence de l'or, et parceque c'est un métal royal. Il y a bien en effet autant de raison pour traiter l'or de métal royal, que pour appeler poissons royaux le dauphin, l'esturgeon, le saumon et la truite.

[[Aujourd'hui, sans aucune distinction, « la propriété d'un trésor appartient à celui » qui le trouve dans son propre fonds; si le » trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il » appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire » du fonds ». Ce sont les termes de l'art. 716 du Code civil.]]

VI. Choses perdues. Le droit romain traitait les choses perdues comme les animaux domestiques qui s'étaient égarés, comme les marchandises jetées à la mer pour alléger le navire, comme les effets naufragés : elles appartenaient toujours au maître qui les avait perdues.

Notre droit français les traite comme les épaves. Si le propriétaire ne les réclame pas dans le délai de quarante jours après la première publication qui en aura été faite, elles appartiennent au seigneur haut-justicier. [[Mais *V.* l'article *Epaves.*]]

VII. Choses abandonnées. Les Romains connaissaient deux sortes de choses abandonnées : 1°. les présens que les empereurs ou les magistrats jetaient au peuple ; on les appelait *missilia;* 2°. les choses qu'un propriétaire quelconque abandonnait dans l'intention d'en abdiquer la propriété : les unes et les autres appartenaient au premier occupant.

Mais il faut observer que le jet ne suffisait pas pour prouver l'abandon ; il fallait de plus des preuves, ou du moins des présomptions, de la volonté d'abdiquer la propriété.

Ainsi, l'on a vu que le jet des marchandises pour alléger le navire, n'était pas une preuve d'abandon ; ainsi, le jet de meubles ou d'autres effets dans un incendie, n'est pas non plus une preuve d'abandon.

Quelques auteurs ont dit que les lois romaines sur les choses abandonnées étaient abrogées parmi nous, parceque nous ne connaissons point de choses abandonnées, et que nous sommes en général fort avides du bien d'autrui, mais peu disposés à abandonner le nôtre. Pourquoi calomnier notre siècle ou notre nation ? Les Romains n'étaient pas plus généreux que nous; mais ils avaient, et nous avons, comme eux, des hommes qui dédaignent de garder des choses qui leur sont inutiles, dont l'abondance même les embarrasse, quoiqu'elles puissent être utiles à d'autres. Ils avaient, et nous avons, comme eux, des dissipateurs qui abandonnent des choses utiles ou nécessaires. Les lois positives peuvent changer ; mais l'homme est en France à peu pres ce qu'il fut à Rome ; il est aujourd'hui ce qu'il fut sous les empereurs romains : mais l'excessive opulence produira partout à peu près les mêmes effets, du faste, de la profusion, et nulle bienfaisance.

Nous avons donc, comme les Romains, deux sortes de choses abandonnées.

1°. Dans quelques fêtes publiques, nos rois font, comme les empereurs, jeter des présens au peuple. Ces présens sont jetés au hasard, ramassés de même, et appartiennent au premier occupant.

2°. Il y a aussi parmi nous des propriétaires qui jettent, qui abandonnent certains effets mobiliers ; mais ces effets abandonnés n'appartiennent point au premier occupant ; c'est au seigneur haut-justicier que notre droit féodal en attribue la propriété.

[[Aujourd'hui, le Code civil l'attribue au domaine public. *V.* l'article *Epaves.*]]

3°. Nous connaissons de plus que les Romains, l'abandon présumé des terres par la cessation de culture.

Une déclaration du mois de juin 1709 permit à toutes personnes de faire cultiver et ensemencer à leur profit les terres que les propriétaires avaient négligé de cultiver et ensemencer. Il y a eu aussi en Lorraine quelques ordonnances du duc Léopold, notamment celles des 10 octobre 1698, 14 septembre 1709 et 12 janvier 1715, concernant les terres dont les propriétaires avaient abandonné la culture. Elles invitaient les étrangers à s'en emparer et à les mettre en valeur.

[[Il a été rendu en 1687 un édit semblable pour l'Alsace. *V.* l'article. *Défrichement,* §. 1.]]

Mais les meilleures lois que je connaisse dans ce genre, sont celles qui ont été faites pour la province du Languedoc.

Les biens, dans cette province, sont censés abandonnés par la cessation de culture et du paiement de la taille pendant trois ans.

Ils n'appartiennent pas de plein droit au premier occupant ; les lois ont établi des formes, sans lesquelles la propriété ne peut pas en être transférée. Mais ces formes sont simples et bien combinées.

Les officiers municipaux de la communauté dans laquelle il y a des terres laissées sans culture, sont chargés de sommer le propriétaire de les remettre en culture.

Huitaine après la sommation, si le propriétaire n'y satisfait pas, on procède à la publication des biens abandonnés. Cette publication se fait pendant trois dimanches consécutifs, à l'issue de la messe paroissiale, tant du lieu où les biens sont situés, que des lieux circonvoisins. On affiche le procès-verbal de publication aux portes des églises et des maisons communes.

La communauté nomme des experts pour

visiter les biens abandonnés, et vérifier s'ils paraissent avoir été trois ans sans culture.

On les adjuge ensuite à celui qui offre de les cultiver et d'en payer la taille, et qui fait la condition de la communauté meilleure.

Ces adjudications ne peuvent être annulées que dans le cas où l'on aurait omis quelqu'une des formalités prescrites par la loi.

Les propriétaires ne sont reçus à se pourvoir en nullité contre ces sortes de baux, que pendant trois ans, à compter du jour de l'adjudication; et ce délai ne peut pas être prorogé, même sous prétexte de minorité.

Mais indépendamment de la nullité des baux, les propriétaires, leurs créanciers hypothécaires et leurs autres ayant droit peuvent rentrer dans les biens abandonnés pendant dix ans.

Ce délai de dix ans commence à courir, à l'égard des majeurs, du jour que le bail a été passé; et à l'égard des mineurs, du jour de leur majorité.

Ce terme est fatal, et après les dix ans, les biens demeurent irrevocablement acquis aux adjudicataires, francs et déchargés de toutes les hypothèques et actions auxquelles ils étaient sujets entre les mains des anciens propriétaires.

Les anciens propriétaires, leurs créanciers et ayant droit ne peuvent, dans les dix ans, déposséder l'adjudicataire, qu'en remboursant préalablement, en un seul et actuel paiement, tous les arrérages des tailles que l'adjudicataire a payés à la communauté, les arrérages des droits seigneuriaux qu'il a payés au seigneur, toutes les impositions qu'il a payées depuis le bail, toutes les réparations, impenses utiles et nécessaires, frais et loyaux-coûts, et toutes les sommes qu'il a payées ou cédées à la communauté lors de l'adjudication.

L'adjudicataire n'est point tenu, dans ce cas, de restituer les fruits qu'il a perçus pendant sa jouissance. Il ne peut lui en être fait imputation ni compensation, sous quelque prétexte que ce soit. Il n'est comptable des fruits que dans un seul cas, lorsque l'adjudication est annulée par le défaut de formalités.

Telles sont en substance les dispositions des déclarations du 28 mars 1690, du 27 juin 1702 et du 10 août 1728, concernant les biens dont l'abandon est présumé par le seul fait de la cessation de culture pendant trois ans.

Ces lois ont parfaitement saisi les rapports de l'agriculture avec la propriété et l'intérêt politique de la nation. La terre n'a été donnée à l'homme que pour la cultiver: c'est de l'agriculture que sont nées les propriétés foncières et permanentes; c'est elle qui a fait introduire l'Occupation habituelle, comme moyen de conserver la propriété; et les travaux de l'agriculture sont les seuls actes d'où l'on puisse induire cette Occupation habituelle. Celui qui cesse de cultiver sa terre, trahit donc le premier vœu de la loi fondamentale du droit de propriété; il n'occupe plus, il ne possède plus ni actuellement ni habituellement; il ne peut donc pas conserver sa propriété.

D'un autre côté, la culture des terres est la première base de la prospérité d'une nation. Il est donc de l'intérêt de toute nation d'encourager cette culture; elle a donc le droit de punir quiconque la néglige ou l'abandonne, en le privant d'une propriété stérile, en remettant cette propriété dans des mains capables de la féconder. Si elle en a le droit, n'est-ce pas son devoir d'user de tous les moyens qui peuvent accroître sa prospérité? Si tel est le devoir de toute nation considérée en masse, n'en a-t-elle aucun à remplir envers les individus qui la composent? Tout homme laborieux qui n'a rien, n'est-il pas en droit de demander à sa nation du travail et du pain? La nation n'est-elle pas obligée de lui en donner? Eh! Y a-t-il un moyen plus naturel, pour remplir ce premier engagement de toutes les sociétés, que d'ôter les terres à celui qui en abandonne la culture, pour les donner à celui qui n'en a pas, et qui veut cultiver?

Peut être serait il à désirer que nous eussions une loi générale, faite sur le modèle de celles qui s'exécutent dans le Languedoc. Mais cet établissement en demanderait un autre, qui n'existe nulle part, et qui ne serait pas un ouvrage aussi difficile qu'on le pense.

Ce n'est pas toujours la paresse qui fait abandonner la culture des terres: des malheurs imprévus peuvent accabler un propriétaire: les moyens peuvent lui manquer; est-ce sa faute alors si son champ tombe en friche? Est-il juste alors de le priver de sa propriété? Faut-il le punir d'un malheur, par un malheur plus grand? Punissez la mauvaise volonté, j'y consens; mais ne punissez pas l'impuissance, venez au contraire à son secours. Ayez dans vos provinces, à portée de vos laboureurs, des caisses de bienfaisance, dans lesquelles ils puissent trouver au besoin les avances nécessaires pour la culture et la reproduction. Alors, seulement, le cessation de la culture sera inexcusable; il sera juste de la regarder comme une preuve certaine de l'abandon de la propriété.

[[Au surplus, les déclarations de 1692,

1702 et 1728 ne font plus loi, et dans le ci-devant Languedoc, comme ailleurs, celui qui laisse sa terre inculte, même pendant trois ans, et sans en payer les impositions, ne laisse pas d'en conserver la propriété. Seulement il peut être exproprié, à la poursuite du percepteur, qui prend, sur le prix de l'adjudication, le montant des contributions arriérées.

Il peut, du reste, se décharger de sa quote, mais seulement pour l'avenir, en renonçant à sa propriété au profit de la commune de la situation. V. la loi du 22 novembre-1er. décembre 1790, tit. 3, art. 3, et la loi du 3 frimaire an 7, art. 66.]]

Art. II. *Parallèle du droit romain et du droit français sur le droit de propriété résultant de l'Occupation.*

Je ne parle plus que des choses qui ont déjà un maître, sur lesquelles par conséquent il ne peut plus y avoir de droit du premier occupant, mais dont la propriété s'acquiert, se conserve, se perd, ou se transporte de l'un à l'autre par l'Occupation. Ces diverses combinaisons de l'Occupation avec la propriété se réduisent à deux principales : transport de propriété d'un homme vivant à un homme vivant, transport de propriété d'un défunt à ceux qui lui survivent.

C'est sous ces deux rapports que je vais considérer les modifications que le droit des gens a reçues du droit romain et du droit français.

I. Occupation, transport de propriété entre-vifs. Il y a transport de propriété toutes les fois qu'un homme perd, et qu'un autre acquiert la propriété d'une chose.

Pour opérer le transport de propriété, il faut, d'une part, volonté expresse ou tacite d'abdiquer; de l'autre, volonté expresse ou tacite d'acquérir la propriété.

La volonté expresse est dans les contrats de vente, d'échange, dans les donations entre-vifs, et dans les autres actes de cette nature; mais il ne suffit pas qu'elle soit énoncée verbalement ou par écrit : tel est le rapport intime de la propriété à l'Occupation, que la volonté expresse d'abdiquer la propriété, ne peut se manifester et s'effectuer que par l'abdication de l'Occupation, par la livraison, la tradition de la chose, par le dévêtissement du propriétaire. De même, la volonté expresse d'acquérir la propriété, ne peut se manifester et s'effectuer que par la prise de possession de la chose.

Ainsi, dans les contrats translatifs de propriété, l'Occupation et la cessation d'Occupation sont les deux actes par lesquels se consomme le transport de propriété, et sans lesquels il ne peut exister.

Quand il n'y a point de convention pour le transport de propriété, la cessation d'Occupation de la part du propriétaire, et l'Occupation de la part de celui qui le remplace, font encore présumer la volonté d'abdiquer et d'acquérir la propriété, et suffisent pour la transporter, de celui qui a cessé de posséder, à celui qui possède après lui.

Mais puisqu'il ne peut y avoir de transport de propriété, sans la volonté au moins présumée d'abdiquer, d'une part, et d'acquérir, de l'autre, l'interversion d'Occupation, dans ce dernier cas, doit être telle qu'il ne puisse rester aucun doute sur cette volonté réciproque.

Ces principes sont très-simples; mais il ne faut jamais les perdre de vue, si l'on veut avoir la clef des formules et de tout le système de la législation romaine, sur la mancipation, la tradition, l'usucapion et la prescription.

II. Mancipation, tradition. Les Romains désignaient par le mot *mancipium*, la propriété parfaite, la propriété par excellence, cette propriété qui répondait à peu près à ce que nous connaissons aujourd'hui sous le nom de *franc-alleu*.

Avant Justinien, on distinguait les choses qui étaient possédées en pleine propriété, de celles sur lesquelles on n'avait qu'une propriété imparfaite. On appelait les premières, *res mancipii*, et les secondes, *res nec mancipii*.

On mettait dans la première classe, les immeubles situés dans l'Italie, qui appartenaient aux citoyens romains, et tout ce qui en dépendait. On y mettait aussi les esclaves et les animaux domestiques.

On mettait dans la seconde classe, les immeubles situés dans les provinces tributaires, dont la propriété était toujours censée appartenir à la république, et dont les particuliers n'avaient que l'usufruit et la possession. On y mettait aussi les animaux sauvages dont l'homme s'était emparé, et même ceux qu'il avait apprivoisés.

Ce mot *mancipium* dérivait de *manu capio* : ainsi, l'on entendait par *res mancipii*, les choses *quæ manu capi possunt*: et par *res nec mancipii*, celles *quæ manu capi non possunt*.

Il n'y avait de vrai transport de propriété que pour les choses de la première classe, puisque les choses de la seconde classe n'étaient pas susceptibles d'une propriété privée.

Mais c'était toujours l'abdication d'Occu-

pation d'une part, et l'acte d'Occupation de l'autre, qui transférait d'un homme à un autre le droit dont les choses de chacune des deux classes étaient susceptibles.

Cet acte, par lequel l'un abdiquait et l'autre occupait les choses de la première classe, avait un nom et des formules qui lui étaient particuliers. On l'appelait *mancipation*, c'est-à-dire, *manu Occupatio*.

Celui qui se dépouillait de la propriété, annexait ou attachait le droit de propriété à la personne de l'acquéreur, en présence de cinq témoins, et d'un peseur qu'on appelait *libripens*. L'acquéreur prononçait la formule suivante : *Hanc ego rem ex jure quiritum meam esse aio, eaque mihi empta esto, hoc ære æneaque librâ*; après quoi, il frappait la balance avec une pièce de monnaie qu'il présentait au vendeur par forme d'achat. Le vendeur acceptait la pièce de monnaie, et cette acceptation mettait le sceau à l'acte translatif de propriété.

On n'exigeait pas toutes ces solennités pour le transport de propriété des choses de la seconde classe. Celui qui se dépouillait de la propriété, livrait la chose à celui à qui il voulait en transférer la propriété. Cette manière d'abdiquer l'Occupation d'une part, et d'occuper de l'autre, s'appelait *tradition* (1).

Justinien abrogea les différences qui distinguaient les choses *mancipii*, des choses *nec mancipii*. On n'eut plus besoin d'employer les formalités de la *mancipation* pour transporter la propriété. La *tradition* de la chose devint le signe unique de la volonté d'occuper, d'une part, et de la volonté d'abdiquer l'Occupation, de l'autre.

Mais les monumens de l'ancienne jurisprudence romaine n'en sont pas moins précieux. On y voit le droit de propriété entièrement subordonné à l'acte d'Occupation. Point de propriété parfaite sur les choses qui ne sont pas susceptibles d'une Occupation parfaite; point de transport de propriété, si l'ancien propriétaire ne cesse pas d'occuper, si l'acquéreur n'occupe pas.

Nous aurions pu adopter la distinction des anciens Romains, entre les choses *mancipii* et les choses *nec mancipii*; car nos rotures et même nos fiefs ne sont susceptibles que d'une propriété imparfaite. Cependant les solennités de la *mancipation* ne sont point en usage en France. C'est par la tradition que se transportent, toutes les propriétés, soit parfaites, soit imparfaites; mais pour les rotures et pour les fiefs, il faut de plus le consentement du seigneur.

Et c'est de la combinaison de nos maximes féodales avec le droit de Justinien, que nous sont venues ces investitures, dont les noms et les formes varient à l'infini, l'ensaisinement, le vest, le nantissement, la saisine et dessaisine, etc. Toutes ces espèces d'investitures et les solennités qui s'y observent, supposent l'impossibilité de transporter la propriété, même imparfaite, sans l'abdication d'Occupation, d'une part, et l'Occupation, de l'autre.

C'est parcequ'on ne peut acquérir la propriété que par l'Occupation, par la tradition réelle ou simulée, que les lois romaines déclaraient nulle toute donation entre vifs faite à une personne qui n'était pas encore née.

Le droit français a modifié ce principe de la jurisprudence romaine; il l'a modifié, mais il ne l'a pas dénaturé. Les donations faites par contrat de mariage aux enfans qui naîtront de ce mariage, sont valables et même irrévocables parmi nous; mais il est impossible qu'elles aient un effet actuel. Un donataire qui n'existe pas encore, ne peut pas occuper, et les fictions légales ne peuvent pas aller jusqu'à faire supposer qu'il occupe : il ne peut donc pas acquérir la propriété avant sa naissance : le donateur ne peut donc pas perdre la propriété au moment de la donation; car il n'a point cessé d'occuper, et il n'a voulu abdiquer l'Occupation et la propriété, que lorsque le donataire désigné existerait et pourrait occuper.

[[Aujourd'hui, on ne peut plus, même par contrat de mariage, donner à des enfans à naître. (*V.* l'article *Donation*, sect. 3, §. 2, n°. 3).

Une autre innovation non moins remarquable, est que, suivant le Code civil, la propriété se transfère par le seul effet du contrat. *V.* les articles *Donation*, sect. 5, §. 1, n°. 4, et *Tradition*.]]

III. Usucapion, prescription. Je ne veux pas faire un traité sur l'usucapion et la prescription; mais je dois faire remarquer ce qu'elles ont de commun avec mes principes sur le droit d'Occupation. Pour en saisir l'histoire, il faut se rappeler la distinction des choses *mancipii* et des choses *nec mancipii*.

Par l'ancien droit de Rome, le propriétaire d'une chose *mancipii* pouvait perdre sa propriété par *l'usucapion*, quoiqu'il n'y eût de sa part aucun acte d'abdication de propriété.

(1) Ce n'est pas le lieu de parler des différentes espèces de traditions, de la tradition *longâ manu*, de la tradition *brevi manu*, de la tradition symbolique. Il en sera traité à l'article *Tradition*; je ne pose ici que les bases.

Un homme s'emparait de la chose d'autrui; cependant il ne pouvait pas en acquérir la propriété par *l'usucapion*; mais s'il la vendait ou s'il la donnait à un tiers, ce tiers, s'il était de bonne foi lorsqu'il avait fait l'acquisition, devenait propriétaire incommutable de la chose, par l'Occupation continuée pendant l'espace de temps que la loi avait déterminé : un an pour les choses mobilières, et deux ans pour les immeubles : c'était ce qu'on appelait *usucapion*.

Les effets de *l'usucapion* s'étendaient jusque sur les femmes. La co-habitation d'une femme avec un homme pendant un an sans interruption, formait entr'eux un mariage par *usucapion* : mariage moins solennel et qui donnait à la femme des droits moins étendus que le mariage par la confarreation : mais il était tout aussi légitime ; l'un et l'autre étaient également *justæ nuptiæ*.

Pour les choses *nec mancipii*, le droit du preteur introduisit la prescription, qu'on appela *longi temporis*, qui avait le même effet pour transporter la propriete imparfaite, que *l'usucapion* pour transporter la propriété parfaite. Pour l'une et pour l'autre, il fallait titre et bonne foi. L'une et l'autre s'opéraient par l'Occupation ou possession : elles ne différaient l'une de l'autre que par la longueur de la possession. Il fallait dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, pour la prescription *longi temporis*.

Justinien abolit encore toutes ces différences entre l'usucapion et la prescription, entre les choses *mancipii* et les choses *nec mancipii*. Il substitua à cette distinction celles des meubles et des immeubles. Tout fut soumis à *l'usucapion*, sans distinction de lieux : les meubles par une Occupation de trois ans, et les immeubles par Occupation de dix ans entre présens et de vingt ans entre absens.

Avant Justinien, Théodose-le-Grand ou Théodose-le-Jeune (car les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur ce point) avait introduit un moyen de transporter la propriété sans titre et sans bonne foi, par la prescription de trente ans, c'est-à-dire, par le seul fait de l'Occupation continuée pendant trente ans, et Justinien laissa subsister, il confirma même, cette nouvelle jurisprudence.

J'observe à cet égard une singularité assez frappante : c'est que plusieurs coutumes, celle de Paris entr'autres, ont emprunté du droit romain ces deux moyens de transporter la propriété. D'un coté, *l'usucapion* avec titre et bonne foi par une possession de dix ans entre presens et de vingt ans entre absens, et de l'autre la prescription de trente ans sans titre et sans bonne foi; tandis que tous les pays de droit écrit regardent la possession de dix et vingt ans, même avec titre et bonne foi, comme insuffisante pour transporter la propriété, et qu'ils n'ont adopte que la prescription de trente ans (1).

Dunod atteste, en effet, que telle est la jurisprudence du parlement de Besançon, que ce qui est prescriptible par dix et vingt ans, suivant le droit romain, ne peut être prescrit que par trente ans en Franche-Comte. Il dit qu'il en est de même dans le duché de Bourgogne.

A la vérité, il observe en même temps que cette prescription de dix ans entre presens, et de vingt ans entre absens, a été reçue dans les autres pays de droit écrit; mais il a eté mal informe. La Peyrere nous atteste le contraire pour Bordeaux, Boutaric et Serres pour Toulouse, Duperrier pour Aix, et Churier pour Grenoble.

Il y a encore quelques coutumes, mais en petit nombre, qui ont emprunté des Romains *l'usucapion* des meubles par une possession de trois ans, tandis que tous les pays du droit écrit rejettent cette espece de prescription, et n'en admettent d'autre que celle de trente ans pour acquérir ou pour perdre la propriété, soit des meubles, soit des immeubles (2).

Mais toutes ces différences ne portent que sur le mode de la prescription, sur le plus ou le moins de durée que la possession doit avoir pour opérer le transport de propriété. Les coutumes et les lois romaines se réunissent toutes sur le principe fondamental, sur le rapport intime qu'il y a entre l'Occupation et la propriété, sur l'efficacite de l'Occupation pour transporter la propriété.

Presque tous les commentateurs des lois romaines ont cru que ce moyen de transporter la propriété, était une invention du droit civil; qu'il n'y aurait ni prescription ni usucapion, si le droit civil n'existait pas. Plusieurs sont allés jusqu'à dire que cette invention était contre l'equité naturelle.

Il me semble que tous ces jurisconsultes ont bien mal envisagé la question. Je ne connais, par la loi de la nature, qu'un seul moyen d'acquérir la propriété, *l'Occupation* ; qu'un seul moyen de conserver la propriété, *la continuation d'Occupation* : la propriété com-

(1) On observera que je ne parle de la prescription de dix et de vingt ans, que relativement à la propriété; car cette prescription est reçue dans tous les pays de droit écrit pour purger les hypothèques.

(2) [[On verra à l'article *Prescription*, *sect.* 2, §. 13, quelle est actuellement, sur ces différens points, la législation générale de la France.]]

mence avec l'Occupation, et finit avec elle. Le droit des gens a modifié ce principe de la loi naturelle; il a admis l'*Occupation habituelle* comme moyen de conserver la propriété; il a voulu qu'on ne pût perdre la propriété que lorsque la cessation d'Occupation serait telle qu'il ne fût plus possible de présumer la volonté de continuer d'occuper.

Que restait-il donc à faire? Déterminer la durée et les caractères que devait avoir la cessation d'Occupation, pour qu'elle pût faire présumer la volonté d'abdiquer la propriété; déterminer la durée et les caracteres que devait avoir l'Occupation du nouveau possesseur, pour qu'elle pût faire présumer la volonté d'acquérir la propriété. Voilà ce qu'ont fait les lois civiles de chaque nation. Tout le reste est l'ouvrage de la nature et du droit des gens (1).

IV. *Transport de la propriété d'un défunt à ceux qui lui survivent.* S'il est vrai qu'on ne puisse acquérir la propriété d'une chose que par l'Occupation actuelle, ni conserver cette propriété que par l'Occupation au moins habituelle, il est évident que le droit de propriété est viager de sa nature, parceque la mort du propriétaire fait cesser toute espece d'Occupation, soit actuelle, soit habituelle.

Ici se présentent deux questions très-importantes:

A qui appartiendra la propriété du défunt? En d'autres termes, quel est l'ordre naturel des successions *ab intestat*?

Le propriétaire peut-il, par un acte de sa volonté, intervertir l'ordre naturel des successions? Peut-il disposer de sa propriété par un acte à cause de mort?

Je sais bien que je vais m'écarter des routes battues; mais je crois tenir la chaîne qui lie les principes du droit naturel aux lois positives qui y ont dérogé.

V. Ordre naturel des successions. Dans l'état de nature, l'homme qui a vécu isolé, qui a possédé seul, sans compagnon et sans associé, laisse en mourant sa propriété vacante: il n'a d'autre successeur que le premier occupant.

S'il a une femme, ou des enfans, ou d'autres associés qui possédaient avec lui, la chose qu'il possédait, appartient en entier, par continuation d'Occupation, à la femme, aux enfans, ou aux autres associés qui lui survivent.

Dans l'état de société, la propriété de l'homme qui a possédé seul, rentre dans la propriété nationale.

(1) *V.* l'article *Prescription*, sect. 1, §. 1.

Tels sont les résultats nécessaires des rapports de l'Occupation avec la propriété. Tel a dû être l'ordre des successions par le droit naturel et par le droit des gens. Le droit de succerder n'a dû exister 1°. qu'entre les époux; 2°. entre le pere et les enfans; 3°. entre les associés qui possédaient une chose en commun.

Et lorsqu'un propriétaire mourait sans laisser aucun successeur de cette espèce, il n'en avait d'autre que le fisc national dans l'état de société, ou le premier occupant dans l'état de nature.

Nous retrouvons les vestiges de ces principes dans l'ancienne jurisprudence des Romains; et c'est par ces principes que nous expliquerons des lois qui paraissent ne présenter au premier coup d'œil qu'un amas de bizarreries et d'inconséquences.

On connait la distinction que la loi des douze tables avait faite entre les héritiers *siens*, les enfans émancipés, et les héritiers *agnats*.

Par ces mots héritiers *siens*, on entendait les enfans et les autres descendans qui étaient sous la puissance du mari. Les enfans émancipés étaient exclus de la succession de leur pere.

On entendait par *agnats*, les parens collatéraux qui descendaient d'un même tronc masculin, et par des branches masculines.

La loi appelait d'abord les héritiers *siens* à la succession du défunt. Au défaut d'héritiers *siens*, elle appelait, non tous les *agnats*, mais le plus proche des *agnats*; et si celui-ci répudiait l'hérédité, son droit ne passait pas à un autre agnat; l'hérédité répudiée était dévolue au fisc.

Cette institution en faveur des *agnats* était déjà une dérogation aux principes du droit naturel et du droit des gens. Elle étendait le droit de succéder au-delà des limites que la nature lui avait assignées. Je ne chercherai point à pénétrer le motif de cette institution politique, cela m'entraînerait trop loin de mon sujet: j'observerai seulement que les Romains ne consultèrent, à cet égard, ni le droit de la naissance, ni le desir d'empêcher que les biens d'une famille ne passassent dans une autre, comme l'a cru Montesquieu (*Esprit des lois*, *liv.* 27). Si tel eût été le vœu des anciens législateurs de Rome, ils n'auraient pas exclu les enfans émancipés de la succession de leur pere; car ceux-là étaient bien appelés à la succession par le droit de la naissance, et l'on n'avait pas à craindre qu'ils transportassent les biens de la famille dans une famille étrangère. On n'aurait pas admis la femme à la succession de son mari; car la femme n'avait, par sa naissance, aucun droit à la succession de son ma-

ri; et il était bien évident, lorsqu'il n'y avait pas d'enfans du mariage, qu'elle transporterait les biens dans une famille étrangère.

Je reviens à la distinction des héritiers *siens* et des enfans émancipés. C'est une distinction qui est absolument inexplicable, si l'on n'admet pas le droit résultant de l'Occupation, comme base unique de l'ordre naturel des successions.

La loi des douze tables défère la succession du père aux enfans qui sont en sa puissance.

Denys d'Halicarnasse parle d'une loi de Romulus, qui faisait succéder la femme aux biens de son mari : elle les recueillait seule, si le mari n'avait pas laissé d'enfans existans sous sa puissance ; s'il y avait des enfans non émancipés, elle partageait avec eux la succession. En un mot, la femme était *héritier sien* de son mari, comme les enfans non émancipés étaient héritiers siens de leur père.

Et dans cette ancienne jurisprudence, les enfans émancipés étaient absolument étrangers à la succession de leur père ; la loi ne les connaissait pas.

D'où vient cette différence? Pourquoi la loi déferait-elle la succession du père à l'enfant qui était sous sa puissance ? C'est que le fils qui vivait avec son père, qui était sous sa puissance, était réputé occuper et posséder tout ce que son père occupait et possédait : c'est que, par une suite de cette Occupation commune, la propriété du père était réputée la propriété du fils : c'est qu'en succédant à son père, le fils n'acquérait pas une propriété nouvelle, mais seulement l'administration libre de son ancienne propriété ; il ne faisait que continuer d'occuper.

In suis heredibus (dit la loi 11, *de liberis et posthumis*, au Digeste), *evidentiùs apparet* CONTINUATIONEM DOMINII *eò rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim domini essent, qui, etiam vivo patre*, QUODAM MODO DOMINI EXISTIMANTUR : *undè etiam filius-familias appellatur sicut pater-familias, solâ notâ hac adjectâ, per quam distinguitur generator ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris, non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.*

Pourquoi la femme succédait elle aussi à son mari? Pourquoi était elle *héritier sien* de son mari ? Denys d'Halicarnasse (*antiquit. roman.*, liv. 2) nous en dit la raison : c'est que la femme, qui vivait avec son mari, qui était sous sa puissance, était en communauté de biens avec lui ; elle était réputée occuper et posséder tout ce que son mari occupait et possédait : c'est par une continuation d'Occupation qu'elle succédait, comme le fils non émancipé. *Lex hæc erat.... mulierem nuptam, quæ.... in manum mariti convenisset, cùm eo omnium et bonorum et sacrorum participem esse.... Erat familiæ domina æquè atque ipse vir, et in ejus defuncti bona, ut filius in patris, heres succedebat. Et si sine liberis et intestatus obiisset, erat omnium bonorum relictorum domina : sin autem liberos habuisset, ex æquo cùm liberis bonorum particeps erat* [[*V.* l'article *Mainplévie*]].

Pourquoi, enfin, le fils émancipé était il étranger à la la succession de son père? C'est que le fils émancipé, séparé par l'émancipation de la famille de son père, ne peut pas être réputé occuper et posséder ce que son père occupe et possède ; il n'a donc nul droit de propriété sur ce que son père possédait.

VI. Faculté de tester. Lorsque M. le chancelier d'Agnesseau préparait l'ordonnance sur les testamens, avant de consulter les magistrats sur les nouvelles formes qu'il fallait abolir ou conserver, il aurait dû, ce me semble, proposer aux philosophes et aux publicistes deux questions préliminaires qui étaient d'un bien plus grand intérêt :

La faculté de tester est elle conforme ou contraire aux principes du droit naturel ?

Les nations qui l'ont adoptée, ont-elles bien entendu leurs intérêts politiques? Est-elle surtout utile ou nuisible à la France ?

Je ne traiterai que la première de ces deux questions : les problèmes politiques sont presque toujours déplacés dans un ouvrage de jurisprudence.

Je sais ce qu'ont écrit plusieurs publicistes sur cette question.

Grotius a décidé très affirmativement que la faculté de tester était de droit naturel, parce qu'il fondait le droit de propriété sur une convention primitive qui n'a jamais pu exister avant les institutions sociales.

Puffendorf a eu le bon esprit de douter, quoiqu il fit dériver aussi le droit de propriété d'une convention primitive.

Mais Bynkershoeck a ramené le droit de propriété à ses vrais principes : il a démontré que ce droit commençait par l'Occupation, et finissait avec elle ; que par conséquent nul homme ne pouvait avoir, par le droit de la nature, la faculté de disposer de sa propriété après sa mort.

Si nous suivons l'histoire de la législation chez les anciens peuples, nous trouverons partout les traces de ce principe. Les Grecs et les Romains lui ont rendu hommage, même en y dérogeant par des lois positives.

Montesquieu observe qu'à Athènes, avan

Solon, qu'à Rome, avant les décemvirs, il n'était pas permis de faire de testament.

Peut-être est-ce une double erreur. Les lois même de Solon nous apprennent qu'avant lui, les citoyens d'Athènes avaient la faculté de tester, et que la loi leur défendait seulement de choisir un héritier hors de leur famille : *extrà gentem familiamque heredem ne scribito.* Et pour Rome, Denys d'Halicarnasse, en parlant de la loi de Romulus déjà citée, dit qu'elle appelait la femme à la succession du mari mort *intestat*, *si intestatus obiisset.* Les Romains pouvaient donc tester, même sous le règne de Romulus.

Mais quel que soit l'époque à laquelle l'usage des testamens s'est introduit, soit à Rome, soit à Athenes, il nous suffit de savoir qu'il doit son origine aux lois positives. Or, nous trouvons la preuve de ce fait 1°. dans Platon ; 2°. dans les lois romaines et dans celles de Solon.

Platon désapprouve les lois positives qui introduisirent à Athènes la faculté de tester. *Prisci legumlatores molles fuisse mihi videntur*, *et ad minimum quid humanarum rerum respexisset.* Il met dans la bouche des mourans tout ce qu'on peut dire de plus fort en faveur de la faculté qu'ils réclament de disposer de leurs biens après leur mort ; et voici ce qu'il leur fait répondre par le législateur : *Ego qui leges condo*, *nec vestros esse arbitror*, *nec rem familiarem hanc omnem esse vestram*, *sed totius vestri generis præteriti atque futuri ; multòque magis universæ civitatis et generis omne et divitias esse.*

Les lois romaines ne donnaient la faculté de tester qu'à ceux qui avaient le droit de cité ; et par celles de Solon, il fallait être, non-seulement citoyen, mais même indigène, pour pouvoir tester. Cette faculte venait donc du droit civil, car les lois civiles d'Athènes et de Rome n'auraient pas pu priver un homme d'une faculté qu'il aurait tenue de la loi naturelle ou du droit des gens

Solon n'accorda la permission de tester qu'avec beaucoup de reserve, dans un petit nombre de cas, et à un petit nombre de personnes. Il n'y avait que deux manieres de faire ces sortes de dispositions : l'une dans l'assemblée du peuple ; l'autre, en présence du magistrat, *qui præsentia suâ illas vel confirmaret et stabiliret*, *vel solveret et infringeret.*

A Rome, la loi des douze tables étendit outre mesure cette faculte de tester ; mais ici encore la forme des testamens est remarquable. C'était dans l'assemblee du peuple, que chaque citoyen disposait de son bien ; c'était même le peuple et non le propriétaire qui en disposait. *Velitis*, *jubeatis*, *quirites*, *uti Lucius Titius Lucio Valerio tam jure legeque heres sibi fiet quàm si ejus filius-familias proximusve agnatus esset. Hæc ita ut dixi, ita vos*, *quirites rogo.* Ainsi, dit Montesquieu, chaque testament fut en quelque façon un acte de la puissance législative.

Cette forme parut incommode, on lui substitua les testamens *per æs et libram.* Le testateur vendait ses biens à celui dont il voulait faire son heritier, ou par le ministere duquel il voulait transmettre ses biens à son heritier. Celui-ci les achetait, ou paraissait les acheter à prix d'argent, en présence de cinq témoins, citoyens romains, et du peseur d'argent, qu'on appelait *libripens* ; le transport de proprieté se faisait par la formule de la *mancipation*, c'est-à-dire, par une abdication d'Occupation, reelle ou simulee de la part du testateur, et par l'Occupation reelle ou simulée de la part de l'héritier ou de celui qui devait lui transmettre les biens ; car on n'a pas oublié que la *mancipation* des Romains n'etait autre chose que l'Occupation, la prise de possession: *Mancipatio à manu capio.*

Quels étaient donc l'objet et l'esprit de toutes ces formalités qui se succédèrent, et qui ne peuvent paraître qu'un jeu de caprice des législateurs, à quiconque n'aura pas réflechi sur la nature et les bornes du droit de propriété? Pourquoi le testament d'un citoyen était il un acte de la puissance législative à Athenes et à Rome ? Pourquoi la volonté de chaque citoyen ne suffisait-elle pas? Pourquoi fallait-il l'intervention de la volonté génerale? Pourquoi était-il au pouvoir du peuple, ou du magistrat qui le représentait, de confirmer ou d'annuler la disposition du testateur ?

C'est qu'il faut être propriétaire pour transporter à un autre le droit de propriéte. C'est qu'on ne peut être réputé proprietaire, qu'au tant qu'on occupe au moins habituellement. C'est que la mort du proprietaire fait cesser toute espèce d'Occupation, soit actuelle, soit habituelle, et qu'elle eteint par conséquent son droit de proprieté. C'est qu'alors la proprieté privee se réunit au domaine public, à la propriété nationale. C est qu'alors, par conséquent, il n'y a que la nation qui puisse disposer de la propriété privee, devenue vacante par la mort du proprietaire : ou que, du moins, le proprietaire ne peut étendre sa disposition au delà du terme de son Occupation, que du consentement de la nation.

Pourquoi encore à Rome, lorsqu'on permit aux citoyens de tester sans le contentement du peuple assemblé, imagina t on ces formules d'achat, de vente, de *mancipation*, de tradition et d'Occupation ?

C'est qu'on était bien convaincu que nul propriétaire ne pouvait disposer de sa propriété que pendant qu'il occupait; qu'il ne pouvait plus en disposer après sa mort, parcequ'alors il n'occupait plus; qu'il ne pouvait transporter cette propriété que de son vivant, pendant qu'il occupait encore, par une abdication réelle ou simulée de l'Occupation actuelle, en faveur de celui dont il voulait faire son héritier, ou de celui par l'interposition duquel il voulait transmettre ses biens à son héritier.

Montesquieu connaissait toutes ces formules, il en a fait l'histoire; mais il n'en a pas cherché l'origine. Il est même probable qu'il se serait égaré dans cette recherche, parcequ'il s'était placé dans un faux point de vue.

Il faisait dériver toutes les anciennes lois de Rome sur les successions, du partage des terres fait par Romulus. La loi de la division des terres, dit-il, demanda que les biens d'une famille ne passassent pas dans une autre. Et c'est à ce but politique qu'il ramène la loi qui n'admet que deux ordres d'héritiers. C'est par-là qu'il explique pourquoi, dans les premiers temps de Rome, il ne devait pas être permis de faire un testament; et pourquoi, lorsqu'on accorda, dans la suite, la faculté de tester, il fallut pour chaque testament l'intervention de la puissance législative.

Rien n'est plus contraire aux progrès de nos connaissances, que les erreurs d'un grand homme; et je crois devoir combattre celles de Montesquieu, précisément parceque l'*Esprit des lois* est un ouvrage de génie.

1°. J'ai déjà observé que la loi de Romulus, qui mettait la femme au rang des *héritiers siens*, faisait nécessairement passer les biens d'une famille dans une autre. Elle était donc contraire au but politique que Montesquieu lui suppose.

2°. A Athènes comme à Rome, on ne pouvait tester qu'en présence et du consentement du peuple assemblé, ou en presence du magistrat, qui était le maître de confirmer ou d'annuler le testament. Or, on ne peut pas ramener ce système de la législation des Athéniens à la loi de la division des terres, car Solon ne fit point le partage des terres à Athènes.

3°. Il est impossible de trouver un rapport quelconque entre les formalités du testament *per æs et libram*, et la loi du partage des terres.

Il faut donc recourir à quelqu'autre principe, qui puisse être la source commune de la qualité d'*héritiers siens*, donné à la femme et aux enfans non émancipés; qui puisse avoir dicté des lois semblables à Athènes et à Rome, sur la faculté de tester; qui explique les formalités du testament *calatis comitiis*, et celles du testament *per æs et libram*. Or, toutes ces lois, toutes ces distinctions, toutes ces formules, sont expliquées et justifiées par ce principe du droit naturel, qui veut que la propriété commence par l'Occupation et finisse avec elle.

VII. Voilà le point d'où toutes les législations du monde ont dû partir sur l'ordre des successions. Combien elles s'en sont éloignées!

La jurisprudence moderne des Romains perdit absolument de vue les rapports de l'Occupation avec la propriété, avec le droit de succéder, avec la faculté de tester.

Elle appela à la succession *ab intestat* 1°. les enfans et descendans, sans distinguer les enfans émancipés, de ceux qui ne l'étaient pas; 2°. les ascendans; 3°. les parens collatéraux, sans distinction des agnats et des cognats; 4°. l'époux à la succession de la femme, la femme à la succession de l'époux.

Elle donna la liberté indéfinie de tester, et dégagea les testamens de toutes les anciennes formules de la *mancipation*.

Ces rapports de l'Occupation avec la propriété n'ont pas été mieux observés dans la jurisprudence française.

Tous les pays qui se régissent par le droit écrit, ont adopté le nouveau droit des Romains sur la faculté de tester et sur l'ordre des successions *ab intestat*.

Nos coutumes, en simplifiant les formes des testamens, ont cependant mis des entraves à la liberté de tester. Mais cette gêne qu'elles ont imposée aux testateurs, n'a eu pour objet que de conserver les biens dans les familles. Non-seulement les rédacteurs des coutumes n'ont pas soupçonné que la faculté de disposer de ses biens après sa mort, fût contraire à la nature du droit de propriété; mais ils ont supposé au contraire qu'elle était un des attributs essentiels de ce droit.

L'ordre que ces coutumes ont établi pour le droit de succéder, n'a aucun rapport, ni avec la jurisprudence romaine, ni avec les principes du droit naturel sur l'Occupation, considérée comme base unique du droit de propriété.

Cependant je trouve dans notre droit français une règle importante en matière de succession, qui tient immédiatement à ces principes.

Le mort saisit le vif, son plus prochain héritier habile à lui succéder: voilà la règle des pays coutumiers pour les successions *ab intestat*.

Le mort saisit le vif, voilà la règle des pays de droit écrit, soit pour les successions testamentaires, soit pour les successions *ab intestat*.

Voyons, en peu de mots, quelle est l'origine et quels sont les effets de cette règle.

« Anciennement (dit Laurière), lorsque les » *saisines et les dessaisines, le vest et le de-* » *vest* étaient pratiqués à la rigueur dans plu- » sieurs de nos coutumes, toute personne qui » mourait, était censée *se dessaisir de ses* » *biens entre les mains de son seigneur*; en » sorte que les héritiers étaient obligés de re- » prendre ses biens du seigneur, en lui faisant » foi et hommage, en lui payant le relief, si » c'étaient des fiefs; ou en lui payant les droits » de saisine, si c'étaient des terres en ro- » ture ».

Mais comme ce droit était odieux, on introduisit que toute personne décédée serait réputée *avoir remis en mourant la possession de ses biens entre les mains de son plus proche parent habile à lui succéder*, et non entre les mains d'aucune autre personne.....; et de là est venue notre regle, *le mort saisit le vif*.

Cette règle est donc fondée sur une fiction; mais la fiction suppose que la propriété est inséparable de l'Occupation, de la saisine; que le propriétaire perd tout droit de propriété à l'instant de sa mort, parcequ'il cesse d'occuper, parcequ'il perd la saisine; que son héritier n'acquiert cette propriété que parcequ'il est censé commencer d'occuper et prendre la saisine au moment où le défunt l'a perdue.

Cujas et Pithou se sont donc trompés, lorsqu'ils ont dit que cette règle tirait son origine d'une mauvaise interprétation des lois; et je ne crois pas que Laurière ait vu nettement la vérité, lorsqu'il a dit que « c'est *l'utilité* et non l'igno- » rance qui a introduit cette règle parmi nous». Cette règle est utile sans doute; mais elle est de plus fondée sur la pureté des principes du droit naturel. Dès qu'on a voulu étendre le droit de succéder au-delà du cercle de ceux qui occupaient avec le défunt, il a bien fallu feindre que le défunt avait remis la saisine au moment que la mort l'avait forcé de cesser d'occuper, et que son héritier avait commencé d'occuper au même instant.

Voilà des vérités que je crois neuves à beaucoup d'égards, et qu'on aurait tort d'envisager comme purement spéculatives. Elles peuvent nous aider à pénétrer l'esprit de plusieurs lois qui ont été mal entendues jusqu'à présent, et peut-être indiquer les moyens d'en faire de meilleures. (M. Polverel.)*

* **OCLAGE, OCLE, OSCLE.** C'est une espèce de gain nuptial connu dans les coutumes d'Aunis et d'Angoumois. On trouve aussi ce mot dans l'ancienne coutume de Bordeaux, et dans les anciens contrats de mariage du Limousin et des provinces qui l'environnent.

Dans la coutume d'Angoumois, les mots *Douaire* et *Ocle*, paraissent synonymes. *Douaire* ou *Ocle*, disent les art. 47 et 81 de cette coutume.

Les art. 45 et 46 de la coutume d'Aunis semblent distinguer l'un de l'autre. Et d'après les effets que la coutume d'Angoumois attribue à l'*Ocle*, il paraît que c'est très-improprement qu'on a identifié ce mot avec celui de douaire. Dans l'ancienne coutume de Bordeaux, ce mot ne signifiait qu'une donation à cause de noces, faite par le mari à sa femme, dont la nature et les effets étaient déterminés par la convention. Il n'a rien de commun avec les gains nuptiaux établis par la nouvelle coutume.

Il faut remonter à l'origine de l'*Oclage*, pour en connaître la nature, et pour résoudre les questions que présentent les coutumes et les contrats où l'on trouve le droit d'*Ocle*, d'*Oscle* ou d'*Oclage*.

Valin et Arcère observent très-bien que ce qu'on trouve dans la coutume d'Aunis sur l'Oclage, a été emprunté du droit romain. Ce droit est donc différent du douaire, au moins quant à son origine; car c'est dans les forêts de la Germanie, et non chez les Romains, qu'on trouvera l'origine du douaire.

Vigier paraît aussi remonter à la source, lorsqu'il dit, *quasi osculi pretium*. Il ajoute que ce baiser était une des solennités que les Romains pratiquaient dans leurs fiançailles. Il donne pour preuve la loi *si à sponso*, C. *de donationibus antè vel propter nuptias*. Il croit donc, comme Valin, que le droit d'*Oclage* a son origine dans la jurisprudence romaine. Il se trompe donc, et il se contredit lorsqu'à l'exemple des rédacteurs de la coutume d'Angoumois, il identifie l'*Ocle* avec le douaire.

Mais, quoique le droit d'*Oclage* vienne du droit romain, et qu'il ait pris sa dénomination du baiser que les Romains donnaient ou recevaient dans leurs fiançailles, il faut bien se garder de le confondre avec les dons en libéralités dont parle la loi citée par Vigier.

Cette loi dit que, si le fiancé a fait des dons à la fiancée, *interveniente Osculo*, et que l'un des deux vienne à mourir avant le mariage, la moitié des choses données appartiendra au survivant, et l'autre moitié aux héri-

tiers du défunt; c'est-à-dire, que la donation tiendra pour la moitié, et sera résolue pour l'autre moitié. Ce n'est donc, ni d'un gain nuptial, ni d'un gain de survie, qu'il est question dans cette loi: ce n'est pas un gain nuptial, puisqu'il a lieu, quoique le mariage n'ait pas été celebré; ce n'est pas un gain de survie puisque la donation tient pour moitié, quoique le fiancé donateur ait survécu à la fiancée donataire.

Mais on va voir que le droit d'*Oclage* est un gain nuptial et un gain de survie: il diffère donc par sa nature des dons en libéralités dont la loi *si à sponso* fait mention, et que les jurisconsultes ont désignée par les dénominations de *munus sponsalitium*, *sponsalitia largitas*.

Dans ces mêmes fiançailles où se donnait ce baiser si précieux, se réglaient aussi les conventions sur la dot, sur la donation à cause des noces, sur les gains nuptiaux, et généralement toutes les conditions sous lesquelles les deux époux entendaient s'unir.

Pour bien déterminer la nature du droit d'*Oclage*, et ses points de ressemblance et de différence avec les gains nuptiaux des Romains, il faut faire l'histoire abrégée de ceux-ci.

Toute dot, disent les lois romaines, mérite une donation à cause de noces: *dos data donationem propter nuptias meretur*. Cet usage des donations à cause de noces, ne s'introduisit que sous le Bas-Empire; on n'en trouve aucun vestige dans les Pandectes.

L'objet des donations à cause de noces était d'établir une sorte d'égalité entre le mari et la femme. D'abord, cette égalité ne fut pas parfaite. Les lois du Code nous apprennent que la dot portée par la femme, pouvait être ou moindre ou plus forte que la donation à cause de noces, que son mari lui faisait. Justinien établit une égalité absolue par la Novelle 99. Il ordonna que, dans tous les mariages, la donation à cause de noces, serait d'une somme égale à la dot, et que le gain de survie de la femme serait exactement egal au gain de survie du mari.

On n'entendra jamais bien les lois romaines sur ce point, si l'on confond les donations à cause de noces avec le gain de survie, comme quelques jurisconsultes l'ont fait. Cujas définit et distingue très-bien l'un et l'autre. La donation à cause de noces est l'opposé de la dot. Ce qui est donné au mari au nom de la femme, voilà la dot. Ce qui est donné à la femme au nom du mari, à cause de la dot, voilà la donation à cause de noces. La dot est la donation à cause de noces de la femme. La donation à cause de noces est la dot du mari. C'est par cette raison, que la donation à cause de noces est appelée *antipherna*, c'est-à-dire, dot reciproque. La dot et la donation à cause de noces sont réglées par le même droit. les pactes sont les mêmes pour l'une et pour l'autre, leur qualité est la même.

On stipulait que le mari, survivant à sa femme, gagnerait une portion de la dot; que la femme survivant à son mari, gagnerait une portion égale de la donation à cause de noces; en sorte que le gain de survie du mari était une portion qu'il prenait sur la dot, comme le gain de survie de la femme etait une portion qu'elle prenait sur la donation à cause de noces; mais ce gain réciproque n'etait ni la dot ni la donation à cause de noces.

Les successeurs de Justinien firent de grands changemens à sa jurisprudence. La donation à cause de noces ne fut plus egale à la dot, on permit de la faire de moindre somme. La femme survivant à son mari, reprenait sa dot et la donation à cause de noces en entier; et de plus, elle avait, sur les autres biens du mari, une somme égale au quart de la dot et de la donation à cause de noces réunies. Si le mari survivait, il etait obligé de donner aux heritiers de la femme, la dot et la donation à cause de noces: il retenait seulement pour lui le quart de l'une et de l'autre.

Basile le Macédonien fit de vains efforts pour remédier à cet abus: l'abus prevalut sur la loi; et Léon le Philosophe, qui en sentit l'iniquite, fut cependant oblige de composer avec lui. Il autorisa l'inegalité dans les conventions matrimoniales, permit de stipuler les donations à cause de noces moindres que la dot, et ordonna que, dans le cas où il n'y aurait point d'enfans du mariage, la femme, survivant à son mari, reprendrait sa dot et la donation à cause de noces, et rien de plus.

Dans cette nouvelle jurisprudence, la donation à cause de noces devint bien exactement le gain nuptial de la femme; et il n'y eut aucun gain nuptial pour le mari qui survivait à sa femme.

Cette fois encore, l'usage fut plus fort que la loi: on rejeta la restriction que Léon mettait à la prérogative des femmes; on alla jusqu'à reconnaitre un gain de survie coutumier en leur faveur, lorsqu'il n'y en avait aucun de stipule dans le contrat de mariage. Le gain de survie fut, pendant quelque temps, de la moitié de la dot; on le réduisit ensuite au tiers; et dans cette nouvelle jurisprudence, encore nul gain de survie pour le mari.

Le gain de survie, introduit par l'usage en

faveur de la femme, fut connu sous le nom d'*hypobolon*.

Par les lois du Code, et suivant la novelle 22, celui des deux époux qui survivait à l'autre, avait la propriété et la libre disposition du gain nuptial, s'il ne se remariait pas, quoiqu'il eût des enfans du mariage. Il n'en avait que l'usufruit, s'il passait à de secondes noces, et qu'il eût des enfans du premier mariage.

Justinien changea lui même cette jurisprudence par la novelle 98. Il ordonna que le survivant des deux époux, soit qu'il se remariât, soit qu'il ne se remariât pas, n'aurait que l'usufruit des gains nuptiaux, s'il y avait des enfans du mariage, et serait obligé de leur en réserver la propriété.

Il se réforma encore sur ce point par la novelle 127 : il ordonna que l'époux survivant, qui aurait des enfans de son mariage, et qui ne passerait pas à de secondes noces, aurait en propriété une part d'enfant sur le gain de survie, et réserverait la propriété du surplus à ses enfans.

Sous les successeurs de Justinien, la femme qui ne se remariait pas et qui avait des enfans de son mariage, avait, pour gain de survie, la propriété d'une part d'enfant, non-seulement sur la donation à cause de noces, mais encore sur l'universalité des biens de son mari. Elle avait aussi l'usufruit du surplus de ses biens.

Je sais bien que ce que je dis des progrès de la jurisprudence romaine sur les gains nuptiaux, ne s'accorde ni avec l'histoire qu'en a faite un jurisconsulte très-éclairé, ni avec les observations d'un autre jurisconsulte qui a critiqué le premier. Mais je suis sûr d'avoir la vérité pour moi; c'est dans les lois mêmes que j'ai puisé mes faits.

Comparons maintenant le droit d'*Oclage* de nos coutumes, avec ces anciens gains nuptiaux des Romains, dont il a tiré son origine.

La coutume d'Angoumois a établi deux droits d'*Oclage*, l'un pour les femmes roturières, l'autre pour les nobles.

L'art. 47 donne à la femme roturière qui survit à son mari, et qui renonce à la communauté, le tiers des deniers dotaux *en mon tant*, outre sa dot qui doit lui être restituée en entier.

L'art. 82 donne à la femme noble qui survit à son mari, l'usufruit, pendant sa vie, du tiers des héritages nobles et féodaux de son mari, soit propres, soit qu'il les ait acquis avant son mariage; et cet usufruit lui appartient, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, soit qu'il y ait des enfans du mariage, soit qu'il n'y en ait pas, soit qu'elle convole ou non, quand même elle convolerait avec un roturier.

Cet usufruit de la femme noble est un véritable douaire, il en a tous les caractères, et se règle par les mêmes principes. Mais il en est autrement du droit de la femme roturière

1°. Pour que celui-ci ait lieu, il faut que la femme renonce à la communauté.

2°. Il faut qu'elle ait porté une dot en argent, et le gain ne consiste qu'en une portion en sus des deniers dotaux. Bien plus, les deniers dotaux ne produisent point de gain nuptial, s'ils ont été immobilisés.

3°. Ce gain nuptial appartient en propriété à la femme roturière.

Or, aucun de ces attributs de l'*Oclage* ne convient au douaire, et tous conviennent très-bien aux gains de survie qui se pratiquaient sous le Bas-Empire. L'*Oclage* de la coutume d'Angoumois pour les femmes roturières, paraît exactement calqué sur l'*hypobolon* des Grecs.

Mais la coutume d'Angoumois établit bien plus d'égalité entre le mari et la femme, que ne le faisaient les mœurs du dernier siecle de l'empire d'Orient. Elle donne aussi un droit d'*Oclage* au mari qui survit à sa femme; elle se rapproche sur ce point de la jurisprudence de Justinien.

Elle fait même plus pour le mari que pour la femme : car elle fait gagner au mari roturier qui survit, les deux tiers des deniers dotaux de sa femme, tandis qu'elle ne donne à la femme roturière qui survit, que le tiers de ses deniers dotaux *en montant*, c'est-à-dire, la moitié en sus. Ainsi, sur une dot de 6000 livres, la femme qui survit, ne gagne que 3000 livres, tandis que le mari survivant gagnera 4000 livres.

L'usage qui a interprété la coutume, a encore mieux traité le mari noble que le roturier : tandis que la femme noble n'a, par la coutume, pour tout gain nuptial, que l'usufruit du tiers des héritages nobles de son mari, l'usage a donné au mari noble, pour son *ocle* ou gain nuptial, la propriété de toutes les choses mobilières que sa femme lui a portées en dot.

Plusieurs arrêts rapportés par Vigier, ont même jugé que la propriété de ce gain nuptial était acquise au mari noble, quoiqu'il y eût des enfans. Le même principe doit donc avoir lieu pour le gain nuptial du mari et de la femme roturiers; car il y a bien plus de raison en leur faveur que pour le mari noble.

Il faut donc appliquer à l'*Oclage* de la coutume d'Angoumois, la jurisprudence du Code

et de la novelle 22 de Justinien, qui donnait à l'époux survivant la propriété et la libre disposition du gain nuptial, quoiqu'il y eût des enfans du mariage.

C'est par une suite de ces principes, et non par argument du douaire à l'*Oclage*, que je pense, comme Valin, que l'*Oclage* est acquis à la femme sans retour, soit qu'il y ait des enfans du mariage, soit qu'il n'y en ait pas, et qu'il est seulement réservable aux enfans en cas de convol, en vertu de l'édit des secondes noces.

Dans l'Aunis, l'*Oclage* n'est point dû en vertu de la coutume, comme dans l'Angoumois, mais seulement en vertu de la convention, parceque la coutume d'Aunis n'établit point un *Oclage* légal, et qu'elle ne fait qu'ordonner l'exécution des conventions qui seront faites à cet égard.

A cela près, l'usage de l'Aunis paraît conforme à la coutume d'Angoumois, soit sur la nature de l'*Oclage*, soit sur les principes généraux par lesquels il doit être réglé. Nous observerons seulement qu'on ne trouve dans la coutume de l'Aunis, aucun vestige de l'*Oclage* réciproque en faveur du mari, ni de la distinction de l'*Oclage* des nobles et de l'*Oclage* des roturiers.

Au surplus, quoique l'*Oclage* soit légal dans l'Angoumois, on peut y déroger ou le modifier par la convention.

Dans les deux coutumes, la femme perd son droit d'*Oclage* 1°. si elle s'est rendue coupable d'adultère; 2°. si elle s'est prostituée dans l'an du deuil; 3°. si elle refuse ou néglige de venger la mort de son mari; 4°. si elle a quitté son mari sans cause légitime; 5°. si elle a tué son mari.

Dans la coutume d'Angoumois, le mari doit perdre aussi son droit d'*Oclage* 1°. s'il a tué sa femme; 2°. s'il a négligé de venger sa mort.

Quant à la coutume de Bordeaux, nous avons déjà observé que le droit d'*Ocle*, dont l'ancienne coutume fait mention, était uniquement réglé par la convention, et qu'il avait été remplacé par d'autres gains nuptiaux que la nouvelle coutume avait établis.

A l'égard de la femme, la nouvelle coutume distingue celle qui se marie pour la première fois, de celle qui passe à de secondes ou à de troisièmes noces.

Elle donne pour gain nuptial à la première, le double de sa dot, et à la seconde le tiers de sa dot, si elle survit à son mari. Et ce gain de survie lui appartient en propriété, soit qu'il y ait des enfans du mariage, soit qu'il n'y en ait pas.

A l'égard du mari, elle distingue le cas où il n'y a pas d'enfans du mariage, et celui où il y a des enfans.

Au premier cas, elle donne pour gain nuptial au mari survivant, la propriété de la dot, des meubles meublans et ustensiles de la femme, et de tout le mobilier qui a été acquis pendant le mariage.

Au second cas, el[illegible] lui donne la propriété de la dot et les ustensiles de la maison. Il n'a que l'usufruit du surplus du mobilier; la propriété en appartient aux enfans.

Mais il est rare que ce gain de survie coutumi[illegible] ait [illegible] à Bordeaux. La coutume ne l'a établi que [illegible] les cas *où il ne serait pas dit autrement pa*[illegible] *e contrat ou pacte*. Or, il ne se fait presqu[illegible] pas un mariage dans le Bordelais, où l'on ne fasse sur le gain de survie, des conventions qui font cesser les dispositions de la loi. (M. POLVEREL.)*

[[Il n'y a plus de gain de survie légal ni coutumier. *V.* les articles *Dou*[illegible]*e* et *Gains nuptiaux*.]]

FIN DU TOME VINGT-ET-UNIÈME.


005648096

